

Christian Lüdtke - Handjery

Schaffung von Einzelhandlungsmacht für einen
gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter
der OHG

1971

Schaffung von Einzelhandlungsmacht für einen
gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter
der OHG

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Christian Lüdtkje-Handjery
aus Berlin

1971



Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Heldrich

Dekan: Prof. Dr. Uber

Tag der mündlichen Prüfung: 26.4.1971

Meinen Eltern und meiner Frau

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung

- A. Die organähnliche Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter 1
- B. Die wirtschaftliche Notwendigkeit, einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter generelle Einzelhandlungsmacht zu erteilen 5
- C. Der Gang der Untersuchung 9

Erster Teil Die Rechtsnatur der durch den Gesellschaftsvertrag in den Grenzen der gesetzlichen Rahmenvorgabe geschaffenen Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter

- A. Die gesetzlich gestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als Vollmacht 12
 - I. Die gesetzlich geregelte Vertretungsmacht als Vollmacht für die Mitgesellschafter zu handeln 16
 - II. Die gesetzlich geregelte Vertretungsmacht als Vollmacht für die Gesellschaft zu handeln 23
- B. Die gesetzlich gestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als gesetzliche Vertretungsmacht 29
- C. Die gesetzlich gestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als Organmacht 31
- D. Zwischenergebnis 37
- E. Überleitung 37

Zweiter Teil Schaffung von Einzelorganmacht durch die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter für einen einzelnen von ihnen

- A. Der Begriff der Gesamtvertretung i.S. v. § 125 Abs. 2 Satz 1 HGB 37
- B. Der Zweck der Gesamtvertretung 38

	<u>Seite</u>
C. Das Bestimmungsrecht für die Ausübung der Organmacht	39
D. Die Vorschrift des § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB als Ausübungsregelung der Organmacht	48
I. Die Wortinterpretation des Begriffs "ermächtigen"	48
II. Die rechtliche Einordnung des Begriffs "ermächtigen" durch den Gesetzgeber	48
III. Die rechtliche Einordnung des Begriffs "ermächtigen" nach seiner Stellung im Gesetz	49
IV. Die Rechtsnatur der Erteilung von Einzelhandlungsmacht	53
1. Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Umgestaltung von Organmacht	53
2. Die Ermächtigung als zusätzliche Neuschaffung von Organmacht	56
3. Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Ermächtigung im Sinne von § 185 BGB	57
4. Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Legitimationszession	59
5. Schaffung von Einzelhandlungsmacht als vorweggenommene Mitwirkung	59
6. Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Bevollmächtigung	62
V. Die Rechtsnatur der durch die Ermächtigung geschaffenen Handlungsmacht	63
1. Der sachliche Umfang der Ermächtigung	63
a) Die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte	66
b) Die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften	72
c) Die Abgrenzung des sachlichen Umfangs der Ermächtigung zur Organmacht	76
2. Die Legitimationswirkung der Ermächtigung	77
3. Die Widerrufsgestaltung der Ermächtigung	79
E. Zwischenergebnis	81
F. Überleitung	82

<u>Dritter Teil</u>	Schaffung von Einzelhandlungsmacht durch die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter für einen einzelnen von ihnen als Bevollmächtigung durch die OHG	
A.	Die frei widerrufliche Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters	83
I.	Die allgemeine Zulässigkeit der Bevollmächtigung gem. § 126 HGB	83
II.	Die Einschränkung der Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters gem. § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB	86
III.	Die Einschränkung der Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters durch das Verbot, die organ-schaftliche Gesamtvertretung zu umgehen	88
	1. Die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten der Gesellschaftergesamtheit	90
	Beispielsfälle	
	Fall 1	97
	Fall 2	99
	Fall 3	100
	2. Die Schutzfunktion der Organmachts-regelung des Gesetzes zu Gunsten des Rechtsverkehrs	103
B.	Die Erteilung von Prokura oder Generalvollmacht durch die Gesamtvertreter an einzelne von ihnen in Notfällen	108
C.	Zwischenergebnis	110
D.	Die unwiderrufliche Bevollmächtigung eines Gesamt-vertreters für die OHG	110
E.	Zwischenergebnis	113
F.	Überleitung	113
<u>Vierter Teil</u>	Schaffung von Einzelhandlungsmacht durch mittelbare Unterbevollmächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten Gesell-schafters seitens einzelner Mitvertreter	
A.	Der Begriff der mittelbaren Untervertretung	114
B.	Kritik an der Institution mittelbarer Unterver-tretung	116

	<u>Seite</u>
C. Die unwiderrufliche mittelbare Unterbevollmächtigung durch die Organe der OHG	121
I. Die Einschränkung mittelbarer Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zu Gunsten aller Gesellschafter	127
Beispielsfälle	
Fall 1	128
Fall 2	130
II. Die Einschränkung mittelbarer Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Organmachtsgestaltung zu Gunsten des Rechtsverkehrs	134
D. Die unwiderrufliche mittelbare Untervollmacht die ein Alleinhandeln des bevollmächtigten Gesellschafters ermöglicht	135
E. Zwischenergebnis	135
F. Überleitung	135

Fünfter Teil Schaffung von Einzelhandlungsmacht durch unmittelbare Unterbevollmächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters durch einzelne Mitvertreter

A. Der Begriff unmittelbarer Unterbevollmächtigung	136
B. Die Einschränkung der unmittelbaren Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Gesamtvertretung und den Grundsatz der Selbstorganisation	138
C. Die Einschränkung der unmittelbaren Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Organmachtsgestaltung zu Gunsten des Rechtsverkehrs	145
D. Zwischenergebnis	147

<u>Sechster Teil</u> Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse	147
--	-----

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Bandasch	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Darmstadt 1960
Bartolomä	Vollmachten unter besonderer Berücksichtigung ihrer Formen, Regensburg-München 1958
Baumbach-Duden	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 18. Aufl., München 1968
Baumbach-Hueck	Kommentar zum Aktiengesetz, 12. Aufl., München 1965 und 13. Aufl., München 1968
Baumbach-Hueck	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 11. Aufl., München-Berlin 1964
Baumbach-Lauterbach	Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., Berlin und München 1965
Behrend	Lehrbuch des Handelsrechts Bd. I., Berlin und Leipzig 1886
Bettermann	Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 51, 222
Boehmer	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1950/52
Boesebeck	Die kapitalistische Kommandit- gesellschaft, Frankfurt a.M., 1938
Brand	Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1911
Breme	Bevollmächtigung eines Gesamt- vertreters einer juristischen Person und § 181 BGB, Recht 13, 516
Brodmann	Aktienrecht-Kommentar, Berlin u. Leipzig 1928
Brodmann	Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränk- ter Haftung, 2. Aufl., Berlin u. Leipzig 1930

Buchner	Zur rechtlichen Struktur der Personengesellschaften, AcP 169, 483 f.
Buchwald	Die Gesamtvertretung bei der GmbH, GmbH-Rundschau 60, 181 f.
Dölle	Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Schulz Bd. II, S. 227
Düringer-Flechtheim	Das Handelsgesetzbuch Bd. II 2. Teil 3. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
Endemann	Handbuch des Deutschen Handels-See- und Wechselrechts, Bd. I, Leipzig 1881
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 15. Aufl., Tübingen 1960
Erman Bearbeiter	Handkommentar zum BGB, Bd. I, 4. Aufl., Münster 1967
Fabricius	Realitativität der Rechtsfähigkeit, Berlin 1963
Feine	Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Ehrenbergs Handbuch Bd. III, S. 489
Fischer	Die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in der OHG, NJW 59, 1057
Flume	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, das Rechtsgeschäft, Berlin 1965
Fülster	Die rechtliche Natur der Untervollmacht, Gießen 1928
Gareis	Das deutsche Handelsrecht, 8. Aufl., Berlin 1909
Gernhuber	Anmerkung zu BGH 32, 250 Jz. 60, 605
v. Gierke	Deutsches Privatrecht, Bd. I Leipzig 1895
v. Gierke	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 8. Aufl., Berlin 1958

Glünicke	Die Geschäftsführung und Vertretung der OHG ZHR 36, 251
v. Godin-Wilhelmi	Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Berlin 1960 und 3. Aufl., Berlin 1967
Gogos	Die Geschäftsführung der OHG, Tübingen 1953
Goldmann	Das Handelsgesetzbuch, Kommentar Bd. II, Berlin 1927
Goldschmidt	Handelsgesetzbuch, Kommentar, München 1929
Groschuff	Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1. Aufl., Berlin 1948
Hachenburg-Schilling	Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bd. II, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1927, 6. Aufl., Berlin 1959
Hämmerle	Handelsrecht, systematisch dargestellt, Teil 2 und 3, Graz-Wien-Köln 1960
Haupt-Reinhardt	Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen 1952
Heim	Die Zulässigkeit einer Allgemeinbevollmächtigung von Mitgliedern einer Kapitalgesellschaft, NJW 62, 1333
Hesselmann	Handbuch der GmbH und Co., 11. Aufl., Köln 1970
Heun	Deutsches Handelsrecht, Teil I 2. Aufl., Berlin und München 1944
Heymann-Kötter	Handelsgesetzbuch, Kommentar 20. Aufl., Berlin 1950
Hill	Die Vertretungsmacht des offenen Handelsgesellschafters, jur.Diss. Heidelberg (Druck Leipzig) 1911
Hueck	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl., Berlin 1964

Hueck	Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., Berlin 1965
Hupka	Die Vollmacht, Leipzig 1900
Jordan	Die gemischte Gesamtvertretung (§ 125 Abs. 3/232 Abs. 2 HGB), jur. Diss. Heidelberg 1926
Jung	Gesamtvertretung, Gesamtvollmacht jur. Diss., Gießen 1909
Kämmerer	Die Rechtsnatur der OHG, NJW 1966, 802
Kamnitzer	Das Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Köln-Berlin 1956
Kohler	Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, ZHR 74, 456
Laband	Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Recht I. Ab- schnitt, Titel 1 bis 3, AcP 73, 187
Lange	BGB Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 1969
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissen- schaft, 2. Aufl., Berlin 1969
Lehmann	Allgemeiner Teil des Bürger- lichen Gesetzbuches, 11. Aufl., Berlin 1958
Lehmann	Handelsrecht, Teil 2 (Gesellschaftsrecht), Berlin 1949
Lehmann-Hoeninger	Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl., Berlin 1921
Lehmann-Ring	Das Handelsgesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1914
Liebmann-Sänger	Kommentar zum GmbHGesetz Berlin 1927
Lindekugel	Gesamtvollmacht, jur. Diss. Rostock 1934

Markower	Handelsgesetzbuch, Bd. I und II, 13. Aufl., Berlin 1906
Mertens	Die Haftung des Untervertreeters nach § 179 BGB, JuS 61, 314
Möhle	Die Personengesellschaften: OHG KG; 2. Aufl., Stuttgart 1957
Müller-Erzbach	Deutsches Handelsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1928
Müller-Freienfels	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Neufeld-Schwarz	Handelsgesetzbuch, Bd. I, Berlin 1931
Palandt-Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Aufl., München 1970
Patschovsky	Generalvollmacht bei der GmbH, DR 43, 607
Planck-Bearbeiter	Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, Bd. I 4. Aufl., Berlin 1913
Potthoff-Zintzen (Halft)	Die Gesellschaftsverträge der Personengesellschaften, 2. Aufl., Köln 1953 und 3. Aufl., Köln 1965
Preuß	Stellvertretung oder Organschaft, Derings-Jahrbücher 44, 429
RGRK-BGB Bearbeiter	Reichsgerichtsrätekommentar, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, Teil 1, 11. Aufl., Berlin 1959
RGRK-Bearbeiter	Reichsgerichtsrätekommentar, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. II, 2. Aufl., Weipert, Berlin 1950 und 3. Aufl., Fischer, Berlin 1967
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München-Berlin 1932
Rumpf	Wirtschaftliche Vertrauensge- schäfte, AcP 119 ff.

Schilling	Zur Ausübung fremder Gesellschaftsrechte im eigenen Namen, Festschrift für Schmidt S. 208 f.
Schlegelberger-Bearbeiter	Handelsgesetzbuch, Bd. II, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1963
Schlegelberger-Quassowski	Aktiengesetz v. 30. Jan. 1937, 2. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1963
Schloßmann	Organ und Stellvertreter, Ihering's Jahrbücher 44, 289
Schlüter	Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die Grundlagen der Gesellschaft, Berlin 1965
Schmidt-Meyer-Landrut	Aktiengesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1961
Schönfeld	Zur Konstruktion der OHG, Ihering's Jahrbücher Bd. 75, S. 333 f.
Scholz	Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Köln 1950
Schumann	Handelsrecht, Wiesbaden 1954
Schwoerer	Die Ausübung der Gesamtvertretung, jur. Diss. Heidelberg 1931
Siebenhaar	Vertreter des Vertreters, AcP 162, 354
Soergel-Bearbeiter	Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar 9. Aufl., Stuttgart 1959 und 10. Aufl., Stuttgart 1967
Staub	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Berlin 1903
Staub	Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. I 14. Aufl., Berlin-Leipzig 1932
Staudinger-Bearbeiter	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I. Allg. Teil, 11. Aufl., Berlin 1957
Stehle, H. u. A.	Die Gesellschaften, München 1964

Sudhoff	Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, München-Berlin 1959
Teichmann-Köhler	Aktiengesetz, Kommentar, 3. Aufl., Heidelberg 1950
Vogel	GmbH-Gesetz, Kommentar, Berlin und Frankfurt a.M. 1950
Walsmann	Der Verzicht, Leipzig 1912
Westermann	Das Verhältnis zwischen Bergbau und öffentlichen Verkehrsan- stalten als Gegenstand richter- licher und gesetzgeberischer Bewertung, Köln 1966
Westermann	Handbuch der Personengesell- schaften, Köln 1967
Westermann	Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954 (Schriftenreihe Juristische Studiengesellschaft, Karlsruhe Heft 11)
Westermann	Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955
Westermann, H.P.	Vertragsfreiheit und Typengesetz- lichkeit im Recht der Personenge- schaften, Berlin 1970
Wiedemann	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handels- gesellschaften, Berlin 1965
Wieland	Handelsrecht, Bindings Handbuch der Rechtswissenschaft, Leipzig 1921, (1931)
Wilke-Köhler	Handbuch der GmbH, Köln 1957
Wolff, H.J.	Juristische Person und Staatsperson, (Kritik, Theorie und Konstruktion) Berlin 1933
Wolff, H.J.	Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., München 1968
Würdinger	Gesellschaften, Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937

E I N L E I T U N G

A. Die Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter

Die OHG ist ein auf den Gesellschaftsvertrag gegründeter Personenverband, dessen Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinsamer Firma gerichtet ist. Sie ist, wie der Wortlaut des § 105 HGB besagt und wie im übrigen aus der in der Vorschrift enthaltenen Verweisung auf das Recht der BGB-Gesellschaft (§§ 705 BGB ff) zu folgern ist, ihrer Rechtsnatur nach eine Personengesellschaft¹⁾. Der OHG fehlt die eigene Rechtspersönlichkeit. Zuordnungssubjekt für Rechte und Pflichten sind daher, wie bei der BGB-Gesellschaft, letztlich die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Gebundenheit²⁾. Die OHG ist Handelsgesellschaft; ihr Geschäftsbetrieb bedingt notwendig die Vornahme einer Vielzahl von Rechtsgeschäften. Sie bedarf daher im Gegensatz zur BGB-Gesellschaft einer besonderen, auf diese Bedürfnisse zugeschnittenen Organisationsform. Nach der gesetzlichen Ausgestaltung verfügt sie gegenüber der BGB-Gesellschaft über eine gesteigerte Geschlossenheit, die dadurch zum Ausdruck kommt, daß die OHG im Rechtsverkehr einheitlich als Personenverband mit bestimmten Handelsnamen - der Firma - auftritt und in dieser Geschlossenheit unter ihrer Firmenbezeichnung Rechte und Pflichten begründen kann (§ 124 Abs.1 HGB). Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft kann nur aufgrund eines gegen die Gesellschaft selbst ergangenen Titels erfolgen (§ 124 Abs. 2 HGB). Über das Vermögen der OHG findet ein besonderes Konkursverfahren statt

1) RGRK-Weipert § 105 Anm. 7; Schlegelberger-Geßler § 105 Rdn.28; Staub § 105 Anm. 8; Ritter § 105 Anm. 7; Gierke, Handelsrecht, § 31 II; Hueck, OHG § 3 II; Müller-Erzbach, Handelsrecht S.184; Westermann, Handbuch, Einleitung § 3 I Rdn. 48; Würdinger, Gesellschaften, II. Teil, S. 105; RG 79, 143 (146; 84, 108 (111); 102, 301; 104, 288; 106, 141; 107, 172; 114, 93; 118, 298; 136, 270; 165 203.

2) Schlegelberger-Geßler, § 105 II Rdn. 28 und § 105 III 3 Rdn. 34; Hueck, OHG, § 3 IV; Westermann, Handbuch Einleitung § 3 I 3a Rdn. 48; KGJ 31 A 155; RG 46; 56, 209; 65, 219; 86, 70; 105, 288; 107, 272; 118, 298; BGH 23, 302; 34, 293 (296).

(§ 209 Abs. 1 KO). Für den Rechtsverkehr ist die Gesellschaft damit einer juristischen Person angenähert³⁾.

Weiter folgt aus der Zweckschöpfung der Gesellschaft als Handelsgesellschaft mit einem umfangreichen Geschäftsbetrieb und einer Vielzahl vorzunehmender Rechtshandlungen die Notwendigkeit, schnell im Rechtsverkehr reagieren zu können. Die Abgabe von Willenserklärungen durch alle Gesellschafter ist umständlich und für den Handelsverkehr wirtschaftlich untragbar. Der Geschäftspartner der OHG zum Beispiel, der bei Abschluß eines kleinen und an sich unbedeutenden Kaufvertrages auf den Eingang gleichlautender Verkaufserklärungen einer Vielzahl von Gesellschaftern warten und der zudem die Zahl der Gesellschafter kontrollieren müßte, um auf die Wirksamkeit der Vertragserklärungen vertrauen zu können, wird den Kauf als zu risikoreich und zeitraubend nicht abschließen.

Die Gesellschaft, die im Rechtsverkehr als Einheit erscheint, ist daher darauf angewiesen, ihre an sich gegebene Handlungsfähigkeit zu konzentrieren, d.h. durch Organe oder durch Vertreter zu handeln. Diesem Bedürfnis trägt das Gesetz Rechnung, indem es für den Regelfall bestimmt, daß jeder Gesellschafter der OHG, sofern er nicht von der Vertretung ausgeschlossen ist, Rechtshandlungen für die Gesellschaft vornehmen kann (§ 125 Abs. 1 HGB). Die Handlungsmacht des OHG-Gesellschafters ist in sachlichem Umfang nicht eingeschränkt und nicht einschränkbar (§ 126 HGB)⁴⁾. Sie ist nur bei schwerwiegendem Verstoß gegen die Pflichten als Geschäftsführer oder sonst aus wichtigem

3) Schlegelberger-Geßler, § 105 II Rdn. 28; Hueck, Recht der OHG, § 3 IV a, § 19 I; Westermann, Handbuch, Einleitung § 3 I, 3 b, Rdn. 48/50; BGH LM Nr. 7 zu § 105 HGB m.w.N.

4) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 126 I 1.d, Rdn. 7; RGRK-Weipert, § 126 Bem. 2; Baumbach-Duden, § 126 Bem. 1 A; Hueck, Recht der OHG, § 20 III 1 a; Westermann, Handbuch § 16 III 2, Rdn. 197 m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur; a.A. im Sinne der Ultra-vires-Lehre Gierke, Handelsrecht, S. 208; Lehmann, Gesellschaftsrecht, S. 121.

Grund durch richterliche Entscheidung (§ 127 HGB) oder aber durch Änderung des Gesellschaftsvertrages entziehbar⁵⁾. Diese Ausgestaltung der Vertreterstellung schafft für alle Gesellschafter ein erhebliches Risiko. Ungeeignete oder unerfahrene Gesellschaftervertreter können durch den Abschluß ungünstiger Verträge die OHG und die übrigen Gesellschafter, die für die Verbindlichkeiten persönlich einzustehen haben (§ 128 HGB), leicht zum Ruin führen. Die Risiken werden erst recht deutlich, wenn man bedenkt, daß die OHG in ihrer wirtschaftlichen Erscheinungsform als Betriebsgesellschaft der mittleren und kleineren Industrie, des Handwerks und Gewerbes, häufig als Familiengesellschaft organisiert, mehr durch die persönliche Leistung und Arbeitskraft der Gesellschafter als durch die Kapitalreserven geprägt ist⁶⁾.

Um den Risikobereich, der durch die Einzelvertretung entstehen würde, einzuschränken, gestattet daher das Gesetz die Anordnung von Gesamtvertretung im Gesellschaftsvertrage, d.h. die Vertretung durch mehrere Gesellschafter, die bei der Vornahme von Rechtsgeschäften gemeinschaftlich handeln müssen (§ 126 Abs. 2 HGB). Gemeinschaftliches Handeln der Gesellschafter bedingt einerseits wechselseitige Kontrolle der Vertreter und der vorzunehmenden Rechtshandlungen zum Schutze der OHG und der nichthandelnden Gesellschafter; andererseits büßt aber die OHG durch diese Form der Vertretung erheblich an rechtsgeschäftlicher Elastizität ein. Da die Rechtsgeschäfte von einer Mehrheit von

5) Vgl. hierzu: Schlegelberger-Geßler, § 127 III, Rdn. 11; RGRK-Weipert, § 127 Anm. 15; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, § 18 V 3, Rdn. 228. Ob der Ausschluß des Entziehungsrechts im Gesellschaftsvertrag zulässig ist, ist streitig, vgl. hierzu Westermann, Handbuch, § 18 V 1 Rdn. 226 m.w.N. und unten S. 111 Fußn. 267.

6) Vgl. hierzu das statistische Material bei Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, § 3 V 3, Rdn. 6 und Potthoff-Zintzen-Halft, Handbuch der Gesellschaftsverträge in Personengesellschaften, S. 36, 38.

Gesellschaftern vorgenommen werden müssen, gestalten sich die Geschäftsabschlüsse schwerfälliger als in den Fällen, in denen jeder einzelne Gesellschafter für die OHG handeln kann. Die Gesamtvertreter müssen in Bezug auf ein vorzunehmendes Rechtsgeschäft für die OHG einen einheitlichen Willen bilden und zum Ausdruck bringen. Erkrankt einer von mehreren Gesellschaftern oder ist er aus anderen Gründen an der Vornahme von Rechtsgeschäften verhindert, so erstarkt die Gesamtvertretungsmacht nicht zur Einzelvertretungsmacht⁷⁾. Die Vertretung der OHG durch die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter ist blockiert. Dies kann für die Leistungsgesellschaft OHG schwerwiegende Nachteile mit sich bringen.

Gesamtvertretung bedeutet demnach nicht nur Schutz vor dem Fehlgebrauch der Vertretungsmacht, sondern zugleich auch Einbuße an rechtsgeschäftlicher Beweglichkeit, auf die die Handelsgesellschaft als werbender, am Handelsverkehr teilnehmender Personenverband angewiesen ist.

Um der OHG einen Teil ihrer rechtsgeschäftlichen Beweglichkeit wiederzugeben, die sie durch die Anordnung der Gesamtvertretung verloren hat, sieht das Gesetz in § 125 Abs. 2 S. 2 HGB vor, daß die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einzelne von ihnen zur Vornahme von bestimmten Geschäften oder von bestimmten Arten von Geschäften ermächtigen können.

7) Westermann, Handbuch § 17 III 3 e Rdn. 210; Hueck, Recht der OHG § 20 II b; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 3, Rdn. 14; RG 103, 417; RG 116, 117; BGH WM 1959, 1434 = BGH 41, 369.

B. Die wirtschaftliche Notwendigkeit, einem gesamtvertretungsbe-
rechtigten Gesellschafter generelle Einzelhandlungsmacht zu
erteilen

Durch die Regelung des § 125 Abs. 2 HGB ist aber die Polari-
tät der Gesellschafterinteressen - einerseits an schnellem
und reaktionsfähigem Handeln der Gesellschafter und anderer-
seits am Schutz vor Fehlgebrauch der Vertretungsmacht - nicht
ausgeglichen. Zwar mag die Schaffung von Einzelvertretungs-
macht sachlich begrenzten Umfanges in vielen Fällen dem Be-
dürfnis der Gesellschaft nach Einzelhandeln hinreichend
Rechnung tragen. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß die
OHG eine auf längere Zeit, häufig auf Lebenszeit der Gesell-
schafter oder sogar darüber hinaus abgeschlossene Risikoge-
meinschaft darstellt, die entsprechend ihrer Lebensdauer
auch für die Wechselfälle des Lebens, insbesondere für eine
Verhinderung eines Gesamtvertreters, eine Lösung des aufge-
zeigten Interessenwiderstreites bieten muß. Die sachlich eng
begrenzte Möglichkeit, Einzelhandlungsmacht entsprechend der
Vorschrift des § 125 Abs. 2 HGB zu schaffen, stellt nicht immer
einen brauchbaren Ausweg dar, wenn es darum geht, bei der Ver-
hinderung eines Mitvertreters wirtschaftlich wichtige und
existenznotwendige Rechtshandlungen für die OHG vorzunehmen,
die zufällig nicht von einer gem. § 125 Abs. 2 HGB vorsorg-
lich erteilten Einzelhandlungsmacht des handlungsfähigen
Gesamtvertreters gedeckt sind. Ist z.B. eine Kündigung aus
wirtschaftlichen Gründen dringend geboten, ein Mitvertreter
aber an rechtsgeschäftlichem Handeln gehindert, so kann der
nur mitvertretungsberechtigte Gesellschafter allein nicht
wirksam kündigen. Ein Termingeschäft, etwa ein wirtschaftlich
bedeutender Kaufvertrag, wird bei Verhinderung eines Gesamt-
vertreters in der Regel nicht abgeschlossen werden können,
weil der Vertragspartner sich auf die zweifelhafte Möglich-
keit nachträglicher Genehmigung des Rechtsgeschäftes nicht
einlassen wird.

Ein Lösungsversuch des Interessenkonflikts in den Fällen, in denen ein Gesamtvertreter an der Ausübung der Vertretungsmacht verhindert ist, hat in neuerer Zeit das Oberlandesgericht Hamburg in seiner Entscheidung vom 3.4.1959⁸⁾ angenommen. Dabei ging es um folgenden Sachverhalt:

Eine Gesellschaft, in diesem Falle eine GmbH, hatte satzungsmäßig Gesamtvertretung zwischen den beiden Gesellschaftern A und B angeordnet. A hatte sodann dem B eine Generalvollmacht erteilt, ihn in seiner Eigenschaft als Gesamtvertreter der Gesellschaft zu vertreten. In der Folgezeit wurde A zum Wehrdienst herangezogen, B führte die Geschäfte allein weiter, und zwar aufgrund der ihm erteilten Generalvollmacht.

In dem Rechtsstreit, in dem es um Rechtshandlungen seit dem Jahre 1941 ging, verneinte der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz⁹⁾, im übrigen in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung¹⁰⁾ und im Gegensatz zur Berufungsinstanz, dem OLG Hamburg, die Wirksamkeit der von B für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtshandlungen. Der BGH wies in der Begründung die Ansicht des OLG zurück, daß bei tatsächlich länger andauernder Verhinderung eines von zwei gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern der andere Geschäftsführer allein handlungsberechtigt sei. Auch der weiteren Argumentation des OLG, der verbleibende Geschäftsführer habe zumindest aufgrund der ihm erteilten Generalvollmacht wirksam allein handeln können, versagte der BGH die Anerkennung, weil die Geschäftsführer - außerhalb der von

8) OLG Hamburg, GmbH-Rundschau 1959, S. 167 f.

9) BGH, GmbH-Rundschau 1961, S. 29 f.

10) Baumbach-Duden, § 125 Anm. 5 A; Baumbach-Hueck, GmbH-Ges., § 35 Anm. 5 II B; Baumbach-Hueck, AktienG., § 71 Anm. 3 II C; Hachenburg-Schilling, GmbH-Ges., § 36 Anm. 15; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 5, Rdn. 19; Scholz, GmbH-Ges. § 35, Rdn. 24; Wilke-Köhler, GmbH, S. 244; Wieland, Handelsrecht I, S. 597.

§ 125 Abs. 3 S. 2 HGB, § 71 Abs. 2 S. 2 AktG (alter Fassung) gesetzten Grenzen nicht ihre satzungsmäßig festgelegte Handlungsmacht ändern könnten. Sämtliche in der Zwischenzeit von B vorgenommenen Rechtsgeschäfte, die zum Teil bis zum Jahre 1941 zurückreichten, waren demnach für die Gesellschaft nicht verbindlich. Sie mußten aus diesem Grunde, und das nahezu nach zwanzig Jahren, rückabgewickelt werden.

Dieser Beispielsfall umreißt deutlich die hier angesprochene Problematik. Um die Handlungsfähigkeit der OHG auch dann sicherzustellen, wenn einer der bestellten Gesamtvertreter verhindert ist, besteht nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur nur die Möglichkeit, entweder durch Umgestaltung des Gesellschaftsvertrages eine andere Vertretungsregelung - etwa durch Schaffung von Einzelvertretungsmacht oder die Ernennung eines weiteren Gesamtvertreters - einzuführen oder rechtzeitig gesellschaftsfremden Dritten eine Prokura oder Generalvollmacht zu erteilen.

Die Umgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist zeitraubend, umständlich und teuer. Sie erfordert eine Gesellschafterversammlung und eine entsprechende Beschlußmehrheit, sowie eine Neueintragung im Handelsregister (§ 125 Abs. 4 HGB). Sie schützt die Gesellschafter in keiner Weise gegen die bis zur Umgestaltung der Vertretungsmacht eintretenden wirtschaftlichen Nachteile. Dies macht insbesondere der angeführte Beispielsfall deutlich, bei dem die Einberufung einer Gesellschafterversammlung infolge der Kriegsverhältnisse auf erhebliche Schwierigkeiten gestoßen sein dürfte. Schließlich versagt die Lösung gänzlich dort, wo die OHG nur aus zwei gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern besteht.

Die Erteilung einer Prokura oder Generalvollmacht an einen Nichtgesellschafter stellt zwar die Handlungsfähigkeit der OHG dann sicher, wenn ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter an der Wahrnehmung seiner Vertreteraufgaben gehindert ist. Hierbei darf aber nicht übersehen werden, daß

die Erteilung so weitgehender Vollmachten vom Umfang einer Prokura oder Generalvollmacht an Drittpersonen einer Auslieferung der Gesellschaft an diese Bevollmächtigten gleichkommt. Der Bevollmächtigte, der im Gegensatz zum Gesamtvertreter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht persönlich haftet, kann alle Rechtsgeschäfte abschließen, ja die Vollmacht vorsätzlich mißbrauchen und dies dem einen von zwei gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern oben-
drein noch mitteilen, ohne daß dieser für die Dauer der Verhinderung seines Mitvertreters in der Lage wäre, dem ungetreuen Bevollmächtigten die Vollmacht zu entziehen. Der Drittbevollmächtigte ist damit in der Lage, die Gesellschaft binnen kurzer Zeit zu ruinieren. Eine Regreßmöglichkeit gegen den ungetreuen oder unsorgfältigen Bevollmächtigten ist für die angerichteten Schäden nur ein zweifelhafter Ersatz.

Da ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haftet und den Gesellschaftsinteressen in der Regel näher steht als ein Dritter, fragt es sich, ob über den von § 125 Abs. 2 HGB zugelassenen Rahmen hinaus auch die Schaffung sachlich unbeschränkter Vertretungsmacht generell oder wenigstens für Notfälle - etwa der Verhinderung von Mitvertretern - zuzulassen ist. Mit Rücksicht auf die Bedeutung des Problems, ob und in welchem Umfang ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter die OHG alleinhandelnd verpflichten kann, soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die von der Rechtsprechung und Literatur zur Stützung ihrer ablehnenden Meinung vorgetragenen Gründe einer kritischen Würdigung zu unterziehen, um die Richtigkeit des bisher weitgehend anerkannten Ergebnisses zu überprüfen.

C. Gang der Untersuchung

Die herrschende Meinung in Literatur¹¹⁾ und Rechtsprechung¹²⁾ geht davon aus, daß die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter Inhaber einer besonderen Handlungsmacht sind, die vereinzelt als Vollmacht¹³⁾, überwiegend aber als gesetzliche¹⁴⁾ Vertretungsmacht oder als Organmacht¹⁵⁾ rechtlich eingeordnet wird. Dieser Ausgangspunkt der herrschenden Meinung muß mit in die Prüfung der Frage, in welchem Umfang ein Alleinhandeln eines Gesamtvertreters möglich ist, einbezogen werden, weil der Gang der Untersuchung sowie die Begründung des Ergebnisses entscheidend von der Klärung der Rechtsnatur gesellschaftlicher Vertretungsmacht abhängen.

Wenn demgegenüber in der Literatur¹⁶⁾ die Ansicht vertreten wird, auf die rechtliche Einordnung der Handlungsmacht könne verzichtet werden, weil sie für die Rechtsanwendung ohne Bedeutung sei, so ist diese Argumentation in

-
- 11) Hueck, Recht der OHG, § 20 I a und Fuß. 1 u 2; Lindekugel, Gesamtvollmacht, S. 31; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 209, Fußn. 74; Wieland, Handelsrecht I, S. 597; Baumbach-Hueck, GmbH-Ges. § 35 Anm. 5 II H; Brand, § 125 Anm. 3 f. cc; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 8; Liebmann-Sänger, GmbH-Ges. § 35 Rdn. 19; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; Scholz, GmbH-Ges. § 35, Rdn. 19; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 5; Staub § 125 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV 5 Rdn. 19; Vogel GmbH-Ges. § 35 Anm. 8.
- 12) BGH, GmbH-Rundschau 1961, 29; BGH WM 1960, 1227 BGH 13, 61 (65); RG Recht 1928 Nr. 2276, RG JW 1912, 526 (527); RG 48, 56; RG in GmbH-Rechtspr. II, Nr. 44 zu § 35 (KGJ 20 A 74); OLG Karlsruhe, Recht 1905, Nr. 1629.
- 13) Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2; Ritter, § 125 Anm. 4a; Möhle, Personengesellschaften, S. 70; RG 15, 131; 74, 300.
- 14) Baumbach-Duden, § 125 Bem. 1; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 1 u. 10; Hämmerle, Handelsrecht, S. 395; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 73; Kormann, Gruchot 57, 504; Stehle, Die Gesellschaften S. 42.
- 15) Schlegelberger-Geßler, § 125 I Rdn. 2; Hueck, Recht der OHG S. 20 I u. Fußn. 2; Bandesch, § 125 Anm. 2; Goldmann, § 125 Anm. 2; Hämmerle, Handelsrecht, S. 395; Kormann, Gruchot, Bd. 57, 504; Stehle, Gesellschaften, S. 42; Behrend, Handelsrecht, S. 507; Gareis, Handelsrecht, S. 164; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 3; Fischer, NJW 54, 778; BGH 108, 36, 295.
- 16) RGRK-Fischer, § 125 Anm. 3; ähnlich Hueck, Recht der OHG, § 20 I Fußn. 2 und § 20 II 2 b.

ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Gerade dann, wenn es um die Überprüfung eines in der Praxis weitgehend anerkannten Ergebnisses geht, ist das Zurückgreifen auf die rechtstheoretischen Grundlagen unverzichtbar. Dies läßt sich an der Fragestellung der Arbeit verdeutlichen.

Ist die im Gesetz gestaltete Handlungsmacht der OHG-Gesellschafter als gesetzlich geregelte Vollmacht zu werten¹⁷⁾ - etwa vergleichbar einer Prokura - so kann eine Einzelhandlungsmacht einzelner Gesamtvertreter für die OHG nur durch Bevollmächtigung entstehen. Auch die im Gesetz - § 125 Abs. 2 S. 2 HGB - vorgesehene Möglichkeit, einzelne gesamtvertretungsbeauftragte Gesellschafter zum Einzelhandeln zu ermächtigen, wäre damit notwendig eine besondere Regelung der Vollmachterteilung. Die Auslegung der Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB etwa als Verbotsnorm, die eine Bevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter über den gesetzlich festgelegten Rahmen hinaus verbietet¹⁸⁾, oder als Ausnahmenvorschrift, die ein Einzelhandeln eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters für die OHG überhaupt erst ermöglicht¹⁹⁾, wäre dann allein entscheidend für den Umfang der zu schaffenden Handlungsmacht.

Wird jedoch die Handlungsmacht der OHG-Gesellschafter als gesetzliche Vertretungsmacht oder als Organmacht eingeordnet, so könnte Einzelhandlungsmacht für einen Gesamtvertreter nicht nur durch Bevollmächtigung seitens eines oder mehrerer nur gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter, sondern auch durch Umgestaltung der gesetzlichen oder organschaftlichen Vertretungsmacht durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter entstehen.

17) Vgl. oben Fußn. 14.

18) Markower, § 125 Anm. III b 1; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 18; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Teichmann-Köhler, AktR § 71 Anm. 2 b; RG 48, 58.

19) Staub, § 125 Anm. 4; Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung S. 50; Hupka, Vollmacht, S. 372.

Dementsprechend zweifelhaft muß dann auch die Zuordnung der Einzelhandlungsmacht sein, die von den Gesamtvertretern gem. § 125 Abs. 2 S.2 HGB geschaffen werden kann²⁰⁾. Ihre Einordnung z.B. als Organmacht ließe die Frage offen, ob Gesamtvertreter Inhaber von Vollmachten sein können²¹⁾, die von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern gem. § 126 HGB erteilt werden können. Wird die Ermächtigung zum Einzelhandeln als Bevollmächtigung aufgefaßt, stellt sich die Frage, ob und inwieweit Schranken der Organmacht auch auf die zu schaffende Vollmacht einwirken, insbesondere, wann eine unzulässige Umgehung der organschaftlichen Gesamtvertretung vorliegt²²⁾.

Ist es demnach geboten, die Rechtsnatur der durch das Gesetz und den Gesellschaftsvertrag näher ausgestalteten Handlungsmacht zu klären, so soll dies im ersten Teil der Arbeit erfolgen und zugleich der Versuch unternommen werden, die Einordnung der Handlungsmacht als Organmacht zu begründen.

Ausgehend von diesem Untersuchungsergebnis wird dann die Ausübung der Organmacht zu prüfen sein, insbesondere die Frage, ob die Organmacht der Abänderung oder Umgestaltung durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter unterliegt, die ein Alleinhandeln eines Gesamtvertreters ermöglicht.

Sodann wird sich die Arbeit mit der Frage befassen, ob und inwieweit ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter

20) Vgl. hierzu Schmidt-Meyer-Landrut, AktR § 71 Anm. 13; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 19 m.w.N.; Brodmann, AktR § 232 Anm. 4; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b, Fußn. 22.

21) Verneinend Schmidt-Meyer-Landrut, AktR § 71 Anm. 13; vgl. auch RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10.

22) Vgl. Brand, § 125 3. f. cc; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 18; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 5; Staub, § 125 Anm. 4; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b, S. 205; Baumbach-Hueck, GmbH § 35 Anm. 5 II A; Liebmann-Sänger-GmbH § 35 Anm. 11; Scholz, GmbH § 35 Rdn.18; Vogel GmbH § 35 Anm. 8; Lindekugel, Gesamtvollmacht, S. 31; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 209, Fußn. 74; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdn. 208; RG JW 1912, 526 (527); RG Recht 1928, Nr. 2276; RG in GmbH-Rspr. II zu § 35 Nr. 44; BGH WM 60, 1227; BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

als Inhaber von Organmacht zusätzlich mit Vollmachten ausgestattet werden kann, die allein oder im Zusammenwirken mit seiner Organmacht ein Alleinhandeln für die OHG zulassen.

ERSTER TEIL

Die Rechtsnatur der durch den Gesellschaftsvertrag in den Grenzen der gesetzlichen Rahmenregelung geschaffenen Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter

A. Die gesetzlich gestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als Vollmacht

Die Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter wird im Gesetz in § 125 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 HGB als Ermächtigung der Gesellschafter zur Vertretung der OHG bezeichnet. Aus dieser Formulierung wird teilweise in der Literatur²³⁾ abgeleitet, daß die Handlungsmacht der OHG-Gesellschafter rechtlich als Vollmacht einzuordnen sei. Das BGB verwende, so wird argumentiert²⁴⁾, in ganz unterschiedlichen Vorschriften - z.B. §§ 49, 54 Abs. 1, 55, 56, 75g, 75h, 55 Abs. 4 und 91 HGB - die sämtlich die Bevollmächtigung betreffen, den Ausdruck Ermächtigung, woraus zu schließen sei, daß auch der OHG-Gesellschafter, dem eine Ermächtigung erteilt werde, als Bevollmächtigter anzusehen sei.

23) Ritter, § 125 Anm. 4a; Im Ergebnis ebenso Möhle, Die Personengesellschaften, S. 70; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2 vgl. auch RG 15, 131, 74, 300.

24) Ritter a.a.O.

Wenn auch das HGB den Begriff "Ermächtigung" in einer Reihe von gesetzlichen Regelungen im Sinne von Bevollmächtigung verwendet, so läßt dies nicht zwingend den Schluß zu, auch die im Gesetz geregelte Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter sei eine besonders ausgestaltete Vollmacht. Das HGB ist terminologisch nicht immer einwandfrei aufgebaut. Dies ergibt sich schon daraus, daß die Begriffe Ermächtigung und Vollmacht gleichsinnig gebraucht werden, obwohl sie ganz unterschiedliche Handlungstatbestände mit Fremdwirkung erfassen. Während die Vollmacht als rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht ein Handeln im fremden Namen mit Wirkung für den Vertretenen ermöglicht²⁵⁾, ist die Ermächtigung das Recht, im eigenen Namen über ein fremdes Recht zu verfügen²⁶⁾. Darüber hinaus weist das Gesetz in einer Reihe von Vorschriften außerhalb des OHG-Rechts daraufhin, daß das Wort Ermächtigung dem Sinne nach das gleiche bedeutet, wie Bevollmächtigung. So heißt es in § 54 Abs. 1 HGB: "Ist jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Handelsgewerbes... ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht auf alle Geschäfte...". Ein Gleiches gilt für die Regelung der §§ 54, 55 und 91 HGB sowie der §§ 75g, 75h und 54 Abs. 4 HGB, die ebenfalls Vollmacht und Ermächtigung gleichsetzen. Dieser Hinweis auf die begriffsi-dentische Verwendung der Worte Ermächtigung und Vollmacht fehlt in der Regelung der OHG-Vertretung.

Aus der Verwendung des Begriffs Ermächtigung wird daher für die insoweit gleichartige Regelung in § 71 Abs. 2 S. 2 AktG a.F. (jetzt § 78 Abs. 4 S. 1 AktG) in der Literatur²⁷⁾ sogar abgeleitet, daß es sich bei der Vertretungsmacht um eine besondere - gesetzliche - Vertretungsmacht handele. Die Möglichkeit einer terminologisch differenzierten Verwendung des

25) Erman-Böhle-Stamschräder, § 164 Bem. 6 und 9; Palandt-Danckelmann, § 164 Bem. 1 und 2; Soergel-Schultze-v. Lasaulx vor § 164 Rdn. 18.

26) Erman-Hense, § 783 Bem. 3; Palandt-Danckelmann, § 167 Bem. 1.

27) Schmidt-Meyer-Landrut, AktG. § 71 Anm. 13.

Begriffes im HGB ist daher offen.

Weiter könnte daran gedacht werden, die Rechtsnatur gesellschaftsrechtlicher Vertretungsmacht dadurch zu klären, daß unter Erforschung des Willens des Gesetzgebers auf dessen begriffliche Einordnung der Vertretungsmacht abgestellt wird²⁸⁾.

Für die Einordnung gesellschaftsrechtlicher Vertretungsmacht als Vollmacht könnte sprechen, daß die Regelung des § 99 Abs. 2 des Kommissionsentwurfes, nach der die vertretungsberechtigten Gesellschafter ausdrücklich als gesetzliche Vertreter bezeichnet werden, auf Vorschlag der 1. Sonderkommission²⁹⁾ gestrichen worden ist. Ob aber der Gesetzgeber mit dieser Änderung eine dogmatische Einordnung der im Gesetz geregelten Vertretungsmacht hat vornehmen wollen, ist zweifelhaft. Es ist nämlich auch denkbar, daß gerade die Bestimmung der Rechtsnatur Rechtsprechung und Literatur überlassen bleiben sollte. Für die Regelung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, der eine Ermächtigung einzelner Gesellschafter zum Alleinhandeln vorsieht, hat der Gesetzgeber die rechtliche Wertung bewußt³⁰⁾ offengelassen.

Darüber hinaus können aus der rechtlichen Einordnung gesellschaftsrechtlicher Vertretungsmacht durch den Gesetzgeber keine zwingenden Argumente für die Rechtsnatur der geregelten Handlungsmacht abgeleitet werden. Maßgeblich für die Rechtsnatur ist nämlich nicht der subjektive Wille des Gesetzgebers und seine Vorstellung von der rechtlichen Qualifikation der geregelten Tatbestände, sondern der objektive Erklärungswert

28) So Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2.

29) Prot. I 79 f; vgl. auch Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2.

30) Vgl. Denkschrift zum HGB, Reichstags-Drucksache, 9. Legislaturperiode, VI. Session, 1895/97 zu Nr. 632, Anl. BO 6 3184 (S. 91).

der gesetzlichen Regelung³¹⁾ und ihre Einordnung in zivilrechtliche Institutionen.

Es ist daher zu prüfen, ob die in den §§ 125-127 HGB geregelte Handlungsmacht der Gesellschafter der Institution Vollmacht zugeordnet werden kann.

Die Vollmacht wird durch drei Begriffsmerkmale gekennzeichnet:

1. Sie ist Vertretungsmacht,
2. ihre Entstehung beruht auf rechtsgeschäftlichem Handeln,
3. ihre inhaltliche Ausgestaltung - der sachliche Umfang der Handlungsmacht - und ihre Widerruflichkeit unterliegen, wenn auch mit gewissen Einschränkungen, der Bestimmung durch den Vertretenen.

Die Vertretungsmacht ist die Rechtsmacht, für eine andere, von dem Vertretenen verschiedene natürliche oder juristische Person zu handeln. Die Vertretung der Gesellschaft - so umschreibt das Gesetz das Fremdhandeln für die Personengesamtheit - ist aber problematisch, weil nicht die OHG als juristische Person³²⁾, sondern die Gesellschafter letztlich Träger von Rechten und Verbindlichkeiten sind³³⁾. Die in §§ 125-127 BGB näher ausgestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter wäre daher nur dann als rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht rechtlich einzuordnen,

1. wenn der vertretungsberechtigte Gesellschafter für die OHG in der Weise handelt, daß er als Glied des Personenverbandes für sich selbst und als Bevollmächtigter seiner Mitge-

31) Vgl. Palandt-Danckelmann, Einl. V 2 a.m.w.N.; BVerfG 1, 312.

32) So Kohler, ZHR 74, 456.

33) Schlegelberger-Geßler, § 105 II Rdn. 28, § 105 III 3 Rdn. 34; Hueck, Recht der OHG § 3 IV; Westermann, Handbuch, Einl. § 3 I 3a, Rdn. 48; KGJ 31 A 155; RG 46, 41; 56, 209; 65, 219; 86, 70; 105, 288; 107, 272; 118, 298; BGH 23, 302; 34, 293 (296).

sellschafter auftritt³⁴⁾ oder

2. wenn der im Rechtsverkehr als Einheit auftretende Personenverband rechtlich soweit verselbständigt ist, daß er als Gesamthand unter seiner Firma durch Bevollmächtigte - Gesellschafter - vertreten werden kann³⁵⁾.

Beide Möglichkeiten sollen im folgenden untersucht werden.

I. Die gesetzlich geregelte Vertretungsmacht als Vollmacht, für die Mitgesellschafter zu handeln

Die in den §§ 125-127 BGB näher ausgestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter entsteht durch Rechtsgeschäft und ist daher insoweit der Vollmacht vergleichbar. Für die Anordnung der Gesamtvertretung, gleichgültig, ob es sich um echte (§ 125 Abs. 2 HGB)³⁶⁾ oder unechte (§ 125 Abs. 3 HGB)³⁷⁾ Gesamtvertretung handelt, ist dies ganz offensichtlich. Sie erfolgt notwendig im Gesellschaftsvertrag, weil sonst die gesetzliche Regelung des § 125 Abs. 1 HGB platzgreift, nach der jeder Gesellschafter Vertreter der OHG ist. Für den gesetzlichen Regelfall der Einzelvertretung könnte die Annahme, es handele sich um rechtsgeschäftliche Vertreterbestellung, zweifelhaft sein, weil sie auch dann eintritt, wenn der Gesellschaftsvertrag keine besonderen Bestimmungen über die Vertretungsgestaltung enthält. Gleichwohl handelt es sich aber um rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht, weil die Einzelvertretung durch den rechtsgeschäftlichen Abschluß des Gesell-

34) So Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2; Ritter, § 125 Anm. 4; Endemann, Handbuch Bd. I, S. 387; vgl. auch RGRK-Fischer, § 125 Rdn. 3; RGRK-Weipert § 125 Anm. 7; Buchner AcP 169, 483 (500); RG 74, 300.

35) RGRK-Weipert, § 125 Anm. 7; Endemann, Handbuch Bd. I, S. 387.

36) Echte Gesamtvertretung ist die Vertretung der OHG durch mehrere Gesellschafter, die nur gemeinschaftlich handeln können. Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 125 B V Rdn. 22.

37) Als unechte oder gemischte Gesamtvertretung wird die Vertretung der Gesellschaft durch Gesellschafter und Prokuristen (§ 125 Abs. 3 HGB) bezeichnet. Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Anm. 6 A; Schlegelberger-Geßler, § 125 B V Rdn. 22; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 c.

schaftsvertrages und somit als gewollte Folge des Vertragsabschlusses entsteht³⁸⁾.

Der Auffassung, der vertretungsberechtigte Gesellschafter handle für sich selbst und als Bevollmächtigter seiner Mitvertreter, wenn er die OHG vertritt, könnte aber entgegenstehen, daß die Handlungsmacht auf einer Einigung aller Gesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages beruht. Da die Vollmachtserteilung als abstraktes Rechtsgeschäft eine einseitig empfangsbedürftige Willenserklärung ist³⁹⁾, die nur von den bevollmächtigenden Gesellschaftern als Einzelperson ausgehen soll, könnte zweifelhaft sein, ob der zu bevollmächtigende Gesellschafter an der Vollmachtserteilung mitwirkt und damit eine Rechtsmacht ausübt, die ihm nicht zusteht.

Das Einverständnis des zum Vertreter bestellten Gesellschafters das im Abschluß des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck kommt, ist nicht notwendig Ausübung fremder Rechtsmacht. So wie die Übereinstimmung der Gesellschafter über die Einbringung von Sachwerten in die Gesellschaft durch einzelne Gesellschafter nicht die Übernahme oder Begründung von Einbringungsverpflichtungen durch alle Gesellschafter bedeutet, so ist auch das bloße Einverständnis mit einer von den übrigen Gesellschaftern gewollten Vollmachtserteilung nicht Ausübung fremder Rechtsmacht.

Gegen die Auffassung, die Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag sei eine Vollmachtserteilung, wird in der Literatur⁴⁰⁾ außerdem geltend gemacht, daß die Vertretungsregelung weitgehend gesetzlich festgelegt sei.

38) Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2; Markower, § 125 1 c; RG 10, 302.

39) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rdn. 50 m.w.N.

40) Vgl. RGRK-Weipert, § 125 Anm. 7.

Allein die Regelung einer Vertretungsmacht im Gesetz zwingt nicht dazu, ihre rechtliche Einordnung als Vollmacht abzulehnen. Gesetzliches Beispiel hierfür wäre die Prokura⁴¹⁾, eine Vertretungsmacht, die zwar gesetzlich festgelegt, aber unzweifelhaft als Vollmacht im Sinne der Vorschriften der §§ 164 BGB anzusehen ist⁴²⁾. Die Festlegung der Prokura im Gesetz weist jedoch gegenüber der Ausgestaltung der Vertretungsmacht von OHG-Gesellschaftern erhebliche Unterschiede auf. Die Vertretungsmacht der Gesellschafter ist im sachlichen Rahmen weiter als die Prokura; z.B. kann der Prokurist, selbst wenn seine Prokura gem. § 40 Abs. 2 HGB erweitert ist, nicht das Handelsgeschäft als Ganzes veräußern oder eine Prokura oder Generalvollmacht widerrufen⁴³⁾, wohl aber können dies die vertretungsberechtigten Gesellschafter der OHG kraft ihrer uneingeschränkten Vertretungsmacht (§ 126 HGB). Der sachliche Umfang der gesellschaftlichen Vertretungsmacht ist sogar weitreichender als der größtmögliche Handlungsrahmen einer Vollmacht, d.h. einer Generalvollmacht, die wohl aufgrund der in § 126 HGB umrissenen Vertretungsmacht von einem Gesellschafter, nicht aber von einem Generalbevollmächtigten widerrufen werden kann⁴⁴⁾.

Die Vertretungsmacht der Gesellschafter ist aber auch hinsichtlich des Widerrufs anders als die Vollmacht ausgestaltet. Die durch den Gesellschaftsvertrag einmal geschaffene Vertretungsmacht des Gesellschafters kann ohne

41) Vgl. §§ 48-53 HGB, und Buchner AcP 169, 483 f. (501).

42) Für die Handlungsvollmacht folgt dies aus dem Wortlaut von § 54 Abs. 1 HGB, für die Prokura vgl. Baumbach-Duden § 48 Anm. 1.

43) Vgl. weitere Beispiele bei Baumbach-Duden § 50 Anm. 1.

44) Vgl. hierzu Brodmann, GmbH § 36 Bem. 3.

Änderung des Gesellschaftsvertrages nur entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und der Entzug durch gerichtliches Urteil festgestellt ist⁴⁵⁾, wohingegen die Prokura grundsätzlich frei widerruflich ist⁴⁶⁾. Allein der Ausschluß des Widerrufs einer Vertretungsmacht spricht aber nicht zwingend gegen die Annahme einer Vollmacht, denn die Bevollmächtigung kann, wenn sie auch im Interesse des Vollmachtsempfängers erfolgt, grundsätzlich unwiderruflich erteilt werden⁴⁷⁾.

Zur Klarstellung ist aber zu bemerken, daß eine unwiderrufliche Vollmacht in der wörtlichen Bedeutung, d.h. ein Ausschluß des Vollmachtswiderrufs, in jedem Fall von der Rechtsordnung nur in beschränktem Umfang anerkannt wird. Wie sich aus den §§ 626, 723 BGB als Rechtsgrundsatz ableiten läßt, können Dauerschuldverhältnisse, die eine persönliche Zusammenarbeit oder ein gutes Einvernehmen erfordern, auch wenn sie unkündbar oder unwiderruflich abgeschlossen sind, jedenfalls bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gelöst werden⁴⁸⁾. Diese Grundsätze gelten auch für das einer Generalbevollmächtigung zugrundeliegende Rechtsgeschäft (Auftrag, Geschäftsbesorgung, Dienstvertrag), mit der

45) Vgl. § 127 HGB; darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag den Entzug der Vertretungsmacht besonders regeln, das "Vorliegen wichtiger Gründe" festlegen und die Entscheidung über den Entzug der Beschlußfassung den Gesellschaftern zuweisen. Vgl. hierzu Schlegelberger-Geßler, § 127 III Rdn. 11; RGRK-Weipert, § 127 Anm. 15; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften § 18 V 3, Rdn. 228. Ob der Ausschluß des Entziehungsrechts im Gesellschaftsvertrag zulässig ist, ist streitig; vgl. hierzu Westermann, Handbuch, § 18 V 1 Rdn. 226 m.w.N. und unten S. 111 Fußn. 267.

46) Vgl. § 52 HGB; zur Problematik der unwiderruflichen Prokura Westermann, Handbuch § 49 II 2 c; Rdn. 864 m.w.N. und BGH 17, 396.

47) Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 168 Rdn. 22 f.; Flume, Allgemeiner Teil § 53 1 ff.; Erman-Böhle-Stamschräder, § 168 Bem. 9 m.w.N.

48) Vgl. Palandt-Putzo, § 626 Bem. 1; Erman-Küchenhoff, § 626 Bem. 1; Staudinger-Nipperdey, § 626 Anm. 83; Rumpf, AcP 119, 1 ff.; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 168 Rdn. 20, Enneccerus-Nipperdey, § 186 Fußn. 19 RG 142, 268; BGH BB 63, 573.

Folge, daß jedenfalls ein Vollmachtswiderruf aus wichtigem Grunde zulässig ist⁴⁹⁾. Soweit eine solche Generalvollmacht abstrakt, d.h. ohne erkennbare Bezugnahme auf ein Kausalgeschäft erteilt wird, muß ebenfalls die Vollmacht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes widerruflich sein⁵⁰⁾, weil es der gesetzgeberischen Grundwertung widerspräche, den Vollmachtgeber bzw. den Vertretenen ohne Einflußmöglichkeit auf "ewige Zeiten" an ein Vertreterhandeln des Bevollmächtigten zu binden. Anlaß zu Zweifeln könnte aber die Tatsache geben, daß die Entziehung der Vertretungsmacht selbst bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht von einzelnen Gesellschaftern, sondern nur von allen Gesellschaftern mit Ausschluß des vertretungsberechtigten Gesellschafters durch das Antragsverfahren eingeleitet werden kann⁵¹⁾. Hier zeigt sich eine Schranke des Widerrufsrechtes, die aus der typischen Organisation des Personenverbandes folgt. Die Erteilung von Vertretungsmacht im Gesellschaftsvertrag ist mehr als nur eine Summe von Vollmachten, die den einzelnen Gesellschafter in den Stand setzen soll, für die OHG als Gesellschafter und als Bevollmächtigter seiner Mitgesellschafter Rechtshandlungen vorzunehmen. Sie ist Organisationsakt und damit Bindungen unterworfen, die die freie Disposition des bevollmächtigenden Gesellschafters über die von ihm geschaffene Vertretungsmacht aufhebt bzw. auf die Mitwirkungsmöglichkeit bei einem negativen Gesamtakt beschränkt⁵²⁾.

49) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 168 Bem. 2; RGRK BGB § 168, Anm. 4; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 168 Rdn. 29; Staudinger-Coing, § 168 Bem. 12a; Enneccerus-Nipperdey, § 126 FuBn. 19; Scholz, SJZ 49, 6 und JR 1958, 17; OHG MDR 49, 81; RG 62, 337; Flume, Allg. Teil § 53/4 f.

50) So Palandt-Danckelmann, § 168 Bem. 2; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 168 Rdn. 26 u. 19; RG 62, 337; OLG Hamburg OLG 24, 267.

51) So Schlegelberger-Geßler, § 127 Rdn. 6; RGRK-Weipert, § 127 Anm. 7; RGRK-Fischer § 127 Rdn. 7; Westermann, Handbuch § 18 II 2a Rdn. 219.

52) Vgl. hierzu auch Kormann, Gruchot 57, 507 f.

Das von allen Gesellschaftern bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages eingegangene Risiko wäre ja auch erweitert, wenn einzelne Gesellschafter durch den Widerruf der von ihnen miterteilten Vollmacht unmittelbar Einfluß auf die Vertretung der OHG nehmen könnten. Durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages und die Regelung der Vertretungsmacht, die im Gesetz teilweise zwingend normiert ist, haben die Gesellschafter den übernommenen Risikobereich nach ihrem Willen ausgestaltet; alle Gesellschafter haben sich den Rechtsfolgen der vom vertretungsberechtigten Gesellschafter vorgenommenen oder ihm zugegangenen Willenserklärungen unterworfen. Eine Abänderung dieser Organisation, die inhaltlich durch das vorteilhafte rechtsgeschäftliche Handeln des vertretungsberechtigten Gesellschafters ausgefüllt wird, steht dem einzelnen Gesellschafter nicht zu, weil sonst, etwa durch das Unterbleiben günstiger Geschäftsabschlüsse, den nicht widerrufenden Gesellschaftern Nachteile zugefügt werden können, zu deren Tragung sie sich nicht im Gesellschaftsvertrag verpflichtet haben.

Darüber hinaus ist die Geltendmachung des Widerrufs der Vertretungsmacht im Regelfall gem. § 127 HGB an ein besonderes gerichtliches Verfahren gebunden, das durch die Antragstellung aller Gesellschafter - mit Ausnahme des vertretungsberechtigten -⁵³⁾ in Gang gesetzt wird. Der Entzug der Vertretungsmacht tritt erst mit Rechtskraft des Urteils ein, das insoweit rechtsgestaltend wirkt⁵⁴⁾. Die Vertretungsmacht, als Bevollmächtigung durch die Mitgesellschafter begriffen, ist damit nicht nur der subjektiven Wertung durch die Mitgesellschafter und ihrer übereinstimmenden Entschließung, ihre Vollmachten zu widerrufen, sondern außerdem einer objektiven Wertung der Entziehungsgründe durch den Richter unterstellt. Von der für die Bevollmächtigung charakteristischen Rechtsmacht des einzelnen Vollmachtgebers,

53) Vgl. den Lit.Nachw. oben Fußn. 51.

54) Schlegelberger-Geßler, § 127 Rdn. 9; RGRK-Fischer, § 127 Rdn. 14; Westermann, Handbuch § 18 IV 1a Rdn. 222.

sich von den Rechtswirkungen zukünftigen Vertreterhandelns wenigstens bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu befreien⁵⁵⁾, bleibt nur ein Antragsrecht auf gerichtliche Entscheidung, das wiederum nur im Einverständnis mit den übrigen Vollmachtgebern ausgeübt werden kann.

Noch deutlicher wird die Problematik, wenn der Gesellschaftsvertrag für Änderungen des einmal geschlossenen Vertrages zulässigerweise den Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter in Abänderung der Regelung des § 127 HGB vorschreibt⁵⁶⁾. Das Bestimmungsrecht des einzelnen Gesellschafters über die von ihm mitgeschaffene Vertretungsmacht ist an eine in der Sache gleichliegende Willensentscheidung der Mehrzahl seiner Mitgesellschafter gebunden. Die Mehrheit der Mitgesellschafter kann sogar gegen den Willen einzelner Gesellschafter die Vertretungsmachtregelung abändern und durch eine andere Gestaltung ersetzen. Die Annahme, daß auch in diesem Fall der Entzug der Vertretungsmacht oder die Neuschaffung von Vertretungsmacht in den vom Gesetz gezogenen Grenzen gegen den Willen der überstimmten Minderheit ein Widerruf bzw. eine Erteilung von Vertretungsmacht durch die überstimmten Gesellschafter sei, sie als Einzelperson zu vertreten, ist nicht haltbar. Es erscheint daher ausgeschlossen, das Handeln eines vertretungsberechtigten Gesellschafters für die OHG als Handeln für sich selbst als Glied des Personenverbandes und als Bevollmächtigter seiner Mitgesellschafter aufzufassen.

55) Vgl. oben FuBn. 50.

56) Vgl. hierzu Schlegelberger-Geßler, § 127 III Rdn. 11; RGRK-Weipert, § 127 Anm. 15; RGRK-Fischer, § 127 Rdn. 18; Westermann, Handbuch, § 18 V 3, Rdn. 228.

II. Die gesetzlich geregelte Vertretungsmacht als Vollmacht, für die Gesellschaft zu handeln

Denkbar wäre, in der im Gesetz ausgestalteten Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter eine Vollmacht zu sehen, die von der Gesellschaftergesamtheit dem vertretungsberechtigten Gesellschafter erteilt wird.

Diese Ansicht wird zwar in der Literatur⁵⁷⁾ mit der Begründung abgelehnt, der vertretungsberechtigte Gesellschafter könne nicht einen Personenverband vertreten, der keine eigene Rechtsfähigkeit besitze und dem er zugleich als Gesellschafter angehöre. Vertreter und Vertretener müßten notwendig zwei verschiedene natürliche juristische Personen sein. Hierbei wird aber zu einseitig betont, daß die OHG eine Personengesellschaft ist, und vernachlässigt, daß sie durch ihre besondere gesetzliche Ausgestaltung im Rechtsverkehr als Einheit auftritt und damit der juristischen Person angenähert ist⁵⁸⁾. So kann die OHG unter ihrer Firma Rechte und Verbindlichkeiten begründen, klagen und verklagt werden (§ 124 Abs. 1 HGB). Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen erfordert einen besonderen, gegen die OHG ergangenen Titel; über das Vermögen der Gesellschaft findet ein gesonderter Konkurs statt (§ 209 KO).

Aus dieser nach außen verselbständigten rechtlichen Stellung der Gesellschaft ist in neuerer Zeit abgeleitet worden, daß die OHG eine Teilperson mit Teilrechtsfähigkeit sei⁵⁹⁾, so daß von diesem Standpunkt aus gesehen die Vollmachtserteilung an Gesellschafter unproblematisch ist. Kernpunkt der Argumentation ist dabei die

57) Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 2; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 2.

58) Baumbach-Duden, Einführung Buch II Anm. 1 c und § 125 Anm. 1 B; Schlegelberger-Geßler, § 105 Rdn. 28; Hueck, Recht der OHG, § 3 IVa; Westermann, Handbuch, Einleitung § 3 I 3 b, Rdn. 48, 50.

59) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 181.

im Anschluß an Wolff⁶⁰⁾ vertretene These⁶¹⁾, daß keine juristische oder natürliche Person denkbare Zurechnungssubjekt sämtlicher nach der Rechtsordnung möglichen Rechte und Pflichten sein könne; hieraus wird gefolgert, daß auch die OHG, die unter ihrer Firma Rechte und Pflichten erwerben könne, als Rechtsperson mit Rechtsfähigkeit anzusehen wäre, wenn nicht die persönliche Haftung der OHG-Gesellschafter gem. § 128 HGB deutlich machte, daß die Haftungsgrundlage der Gesellschaft für eine eigene Rechtspersönlichkeit vom Gesetz nicht als ausreichend angesehen wird⁶²⁾. Aus der Ausgestaltung der OHG in der Haftung soll dann ihre Doppelnatur einerseits als kollektive Einheit (als Gesamthand), andererseits als individuelle Einheit (als juristische Person) folgen⁶³⁾.

Die Annahme, die OHG sei eine Teilperson mit Teilrechtsfähigkeit, ist jedoch bedenklich. Dem Gesetz - § 105 Abs. 2 HGB, §§ 718, 719 Abs. 1 BGB - läßt sich unmittelbar entnehmen, daß auch die unter der Firma der OHG erworbenen Vermögensgegenstände vom Zeitpunkt des Erwerbes an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich gehören⁶⁴⁾. Ist aber die Gesamthand der Gesellschafter, die kollektive Einheit, Zuordnungssubjekt für die unter der Firma der OHG erworbenen Gegenstände, so zeigt sich, daß die OHG als individuelle Einheit (als Teilperson) selbst keine Rechte erwerben kann.

Auch der Lösungsvorschlag Kämmerers⁶⁵⁾, der, ausgehend vom Wortlaut des § 124 HGB, der OHG wegen der Zuordnung der in

60) Hans J. Wolff, Juristische Person und Staatsperson, S. 202 f.

61) Fabricius, a.a.O., S. 25 f.

62) Fabricius, a.a.O., S. 181 f., 237.

63) Fabricius, Relativität, S. 163 f., 181.

64) Vgl. Kämmerer, Die Rechtsnatur der OHG, NJW 1966, 802; Schlegelberger-Geßler, § 105 Rdn. 28, 30; Hueck, Recht der OHG, § 16 I S. 158; Westermann, Handbuch, § 16 I 2 d Rdn. 192.

65) Kämmerer, a.a.O., S. 803, 804.

§ 124 HGB genannten Rechte Rechtssubjektivität insoweit zuspricht, als sie in "Rechtsstandschaft" fremde Rechte (Rechte der Gesamthand) im eigenen Namen geltend macht, erscheint nicht überzeugend. Die OHG ist nicht ein neben der Gesamthand zu denkendes, rechtsfähiges Gebilde, sondern die Gesamthand selbst, die lediglich nach zwei unterschiedlichen, sich überschneidenden Organisationsstrukturen aufgebaut ist⁶⁶⁾:

a) Die unter der gemeinsamen Firma begründeten Rechte und Pflichten werden der Gesamthand zugeordnet.

b) Die Gesamthand erscheint im Rechtsverkehr als einheitliches Ganzes und nicht als gesamthänderisch gebundene Personenvielzahl und ist insoweit einer juristischen Person angenähert.

Es hängt allein vom gesetzten Recht ab, ob einem Personenverband Rechtssubjektivität verliehen wird oder nicht und ob er als juristische Person oder z.B. als Gesamthand angelegt ist. Neben der Wahl dieser Gestaltungsprinzipien steht es dem Gesetzgeber frei, Organisationsformen zuzulassen, deren rechtliche Struktur überwiegend dem einen der beiden Organisationsprinzipien (z.B. Gesamthand) entspricht, in einzelnen Beziehungen aber kraft Sonderregelung in einer Weise gestaltet ist, die für das andere Organisationsprinzip - juristische Person - typisch ist⁶⁷⁾. Das wird gerade bei der OHG deutlich, die zwar als Gesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, die aber für die Teilnahme am Rechtsverkehr einer juristischen Person ähnlich ausgestaltet ist⁶⁸⁾. Um den Rechtsverkehr mit der OHG zu erleichtern, wird sie insoweit wie ein selbständiges Rechtssubjekt behandelt, wie die Zuordnung der in § 124 HGB genannten Rechte, sowie die Konkursfähigkeit der Gesellschaft beweisen. Es ist daher nur folgerichtig, wenn die nach außen als Einheit auftretende Gesamthand hinsichtlich ihrer Vertretung als einer juristischen

66) Vgl. hierzu auch Fabricius, Relativität, S. 163, 181.

67) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, § 103 V.

68) Enneccerus-Nipperdey, § 103 V; Schönfeld, Zur Konstruktion der OHG, Ihering's Jahrbücher Bd. 75, 333, 352, (Festschrift für Fischer).

Person vergleichbar angesehen wird. Dies bedeutet nicht, daß die Vertretung der OHG in allen Punkten der Vertretung einer juristischen Person gleichzustellen wäre. Es bedeutet für die hier allein interessierende Frage unzulässiger Selbstvertretung nur, daß im Rechtsverkehr für die OHG, nicht aber für die Gesellschafter gehandelt wird, mögen dies auch letztlich Träger der für die OHG begründeten Rechte und Pflichten werden. Zutreffend spricht das Gesetz daher in § 125 Abs. 1 HGB von der Vertretung der Gesellschaft durch die Gesellschafter. Von der ganz herrschenden Meinung ⁶⁹⁾ wird aus diesem Grund auch anerkannt, daß sogar die im Gesellschaftsvertrag von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossenen Komplementäre und Kommanditisten zu Bevollmächtigten der OHG bzw. KG bestellt werden können.

Die Annahme, die gesetzlich in §§ 125-127 HGB geregelte Vertretungsmacht sei rechtlich als Vollmacht, für die OHG zu handeln, einzuordnen, scheitert nicht daran, daß eine unmögliche Selbstvertretung vorläge.

Der rechtlichen Wertung der im HGB festgelegten Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als Vollmacht steht aber die besondere Ausgestaltung der Handlungsmacht entgegen, die hinsichtlich ihres Widerrufs typischerweise besonderen Bestandsgarantien unterliegt.

69) Prokura für den Komplementär bejahen: Baumbach-Duden HGB § 125 Anm. 1 C; Düringer-Flechtheim, HGB Komm. § 125 Rdn. 5; Goldschmidt, § 125 Anm. 1; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 12; Behrend, Handelsrecht, S. 513; Hueck, Recht der OHG, S. 204; Lehmann-Hoeninger, Handelsrecht S. 256, Fußn. 1; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften S. 102; Wieland, Handelsrecht, Bd. I S. 568. Prokura für den Kommanditisten bejahen: Baumbach-Duden, HGB-Komm. § 125 Anm. B; Heun, HGB-Komm. § 170 Anm. 29; Schlegelberger-Geßler, § 170 Rdn. 4; Behrend, Handelsrecht, S. 356; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 81; Hesselmann-GmbH-Handbuch S. 129; Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 236; Potthoff-Zintzen, Gesell.Vertr. der Pers.Gesell. S. 99; Stehle, Die Gesellschaften, S. 65; Würdinger, Gesellschaften, S. 154; Westermann, Handbuch, § 49 II 1 Rdn. 862, 863; für Prokura und Generalvollmacht bejahen: RG 31, 39; 110, 418, OLG Bamberg, OLGE 3, 277; Bay ObLG JFG 2, 193.

Nun ließe sich einwenden, daß es zulässig sei, im Gesellschaftsvertrag Vollmachten - auch nur aus wichtigem Grund widerrufliche Vollmachten - z.B. an gesellschaftsfremde Dritte oder an Kommanditisten zu erteilen⁷⁰⁾. Aus der Art ihrer Erteilung und weil nicht einzelne gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter durch den Vollmachtswiderruf der Gesellschaftergesamtheit ihren Willen aufzwingen können, könnte weiter geschlossen werden, daß auch die Abänderung oder der Widerruf dieser Vollmachten nur durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages möglich sei. Wäre aber die Erteilung von Drittvollmachten im Gesellschaftsvertrag unter dessen besonderer vertraglicher Bindungswirkung möglich, so stünde auch einer Bevollmächtigung einzelner Gesellschafter durch die Gesellschaftergesamtheit im Gesellschaftsvertrag mit dessen besonderen Bestandgarantien nichts im Wege.

Die Vollmacht ist nach ihrer gesetzlichen Ausgestaltung im BGB und HGB eine von der Willensentschließung des Vertretenen abhängige Vertretungsmacht. Diese Abhängigkeit zeigt sich vor allen Dingen in ihrer Widerruflichkeit, die zwar auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt, nicht aber völlig ausgeschlossen werden kann⁷¹⁾. Sie zeigt sich auch darin, daß die Vollmacht, entgegen anderslautenden Vereinbarungen zwischen dem Vertretenen und seinem Vertreter, immer in der vom Gesetz vorgesehenen Weise (§§ 168 Abs. 1 S. 3 § 167 Abs. 1 HGB) durch Erklärung des Vertretenen zu widerrufen ist⁷²⁾. Das Gesetz grenzt in den Vorschriften über die Erteilung und den Widerruf der Vollmacht einerseits das Interesse des Vollmachtgebers an autonomer Gestaltung der Vollmacht und ihres

70) Für den Prokuristen Baumbach-Duden, § 170 Anm. B; RGRK-Weipert, § 170; Westermann, Handbuch § 49 II 2 c; Rdn. 864, BGH 17, 392 (396).

71) Vgl. oben Fußn. 49, 50.

72) Vgl. Baumbach-Duden, § 170 Anm. B; Westermann, Handbuch § 49 II 2c, Rdn. 864; BGH 17, 392 (396).

Widerrufs und andererseits das Interesse des Rechtsverkehrs an der Festlegung der Vollmacht gegeneinander ab. Während die inhaltliche Gestaltung der Vollmacht - der sachliche Umfang sowie die Beschränkung auf bestimmte Widerrufsgründe - vom Gesetz weitgehend in die Disposition des Vollmachtsgebers und seines Vertreters gestellt wird, ist die Form der Vollmachtserteilung und ihres Widerrufs durch Willenserklärung im Interesse des Rechtsverkehrs unabdingbar festgelegt⁷³⁾.

Dieser vom Gesetz erstrebte Interessenschutz des Rechtsverkehrs wäre aber beeinträchtigt, wenn die von der Gesellschafter-gesamtheit im Gesellschaftsvertrage geschaffene Vollmacht auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nur von der Gesellschafter-gesamtheit durch Änderung des Gesellschaftsvertrages, nicht aber auch von den Vertretern der Gesellschaftergesamtheit, deren Wille der Wille der Gesellschaft ist und deren rechts-geschäftliches Handeln in sachlich unbegrenztem Umfang die Ge-sellschaft bindet, entzogen werden könnte.

Aber noch eine weitere Überlegung spricht dagegen, die einem Dritten erteilte Vollmacht den Bestandsgarantien des Gesell-schaftsvertrages zu unterwerfen. Die Anerkennung einer der-artigen Vollmacht führte zu einer Änderung eines typischen Strukturprinzips der OHG, das durch die Einheit von Pflicht-tenstellung als Gesellschafter, Haftung und Handlungsmacht gekennzeichnet ist. Diese Wechselbezüglichkeit von Pflichten-stellung und garantierter Handlungsmacht läßt sich für Bevoll-mächtigte, die nicht Mitglieder des Personenverbandes sind, nicht herstellen; um eine Auslieferung der OHG an einen Nichtgesellschafter ohne hinlängliche Kontrollmöglichkeit und damit eine Änderung des Gesellschaftstypus zu vermeiden, muß seine Vollmacht eine von der OHG abhängige Legitimation bleiben.

73) Vgl. die ähnliche Argumentation des BGH 17, 392 für die Prokura.

Die Erteilung einer Vollmacht im Gesellschaftsvertrag hat daher nur Bedeutung für die Geschäftsführungsbefugnis, d.h. für das Innenverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem, aus der ein Anspruch auf Schadensersatz oder erneute Vollmachtserteilung folgen kann⁷⁴⁾. Für die Wirksamkeit eines erklärten Vollmachtswiderrufs ist sie ohne Belang.

Der entscheidende Unterschied zwischen der im Gesetz (§§ 125-127 HGB) näher ausgestalteten Vertretungsmacht eines OHG-Gesellschafters und einer im Gesellschaftsvertrag erteilten Vollmacht liegt daher darin, daß

1. der sachliche Umfang der Vertretungsmacht nach § 126 HGB weiterreicht als der einer Vollmacht mit größtmöglichem Umfang und
2. selbst eine im Gesellschaftsvertrag erteilte Generalvollmacht nicht nur von allen übrigen Gesellschaftern - in der Regel nach einem besonderen gerichtlichen Verfahren (§ 127 HGB) - sondern auch durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter entzogen bzw. widerrufen werden kann.

Die Vertretungsmacht eines OHG-Gesellschafters kann daher wegen ihrer besonderen gesetzlichen Ausgestaltung nicht als Vollmacht aufgefaßt werden.

B. Die gesetzlich gestaltete Vertretungsmacht der OHG Gesellschafter als "gesetzliche Vertretungsmacht"

Verschiedentlich wird die durch den Gesellschaftsvertrag geschaffene Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als gesetzliche Vertretungsmacht bezeichnet⁷⁵⁾. Diese Begriffsbildung ist jedoch von geringem Wert, weil eine Reihe im Gesetz ganz unterschiedlich gestalteter Vertretungsverhältnisse als ge-

74) Siehe Fußn. 72.

75) Baumbach-Duden, § 125 Anm. 1; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 1 und 10; Hämmerle, Handelsrecht, S. 395, Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 73; Kormann, Gruchot 57, 504; Stehle, Die Gesellschaften, S. 42.

gesetzliche Vertretung bezeichnet werden. So ist z.B. die Vertretung eines minderjährigen Kindes durch seine Eltern (§§ 1629 ff. BGB)⁷⁶⁾ ein Fall der gesetzlichen Vertretung, ebenso wie die Vertretung des Mündels durch den Vormund (§§ 1793 f. BGB)⁷⁷⁾, die Pflegschaft (§§ 1909 f. BGB)⁷⁸⁾ und - nach dem Wortlaut des Gesetzes⁷⁹⁾ - auch die Vertretung eines Vereins durch seinen Vorstand.

Von einem einheitlichen Begriff der gesetzlichen Vertretung kann daher nur insoweit gesprochen werden, als das Vertretungsverhältnis entweder durch Gesetz entsteht oder aber doch in irgendeiner Weise gesetzlich geregelt ist. In diesem Sinne ist auch die Vertretung der OHG ihrer gesetzlichen Ausgestaltung wegen gesetzliche Vertretungsmacht.

Die Weite des Begriffs der gesetzlichen Vertretung und die damit verbundene schwache Aussagekraft legt es nahe, weiter zu differenzieren und zu fragen, welchem der im Gesetz geregelten Vertretungsverhältnisse die Vertretungsgestaltung der OHG entspricht. Der Entstehungstatbestand der Vertretungsmacht der OHG als rechtsgeschäftlicher Organisationsakt einer Mehrzahl rechts- und handlungsfähiger Personen läßt eine Abgrenzung gegenüber den familienrechtlichen Vertretungsverhältnissen der Eltern, des Vormunds und Pflegers zu, die durch das Gesetz oder durch Gesetz und Staatshoheitsakt begründet werden und in ihrer Zielsetzung auf die Wahrnehmung von Einzelinteressen gerichtet sind.

Zu prüfen bleibt daher, ob die im Gesetz ausgestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter der Vertretungsmacht eines Vorstandes juristischer Personen, die als Organmacht bezeichnet wird, vergleichbar ist⁸⁰⁾.

76) Palandt-Lauterbach, § 1629 Bem. 2.

77) Palandt-Lauterbach, § 1795 Bem. 3.

78) OLG Celle, FamRZ, 63, 465; differenzierend Palandt-Lauterbach, Einf. vor § 1909 Bem. 1 b, der gesetzliche Vertretung nur annimmt, wenn der Pflegebefohlene geschäftsunfähig ist.

79) Vgl. den Wortlaut von § 26 Abs. 2 BGB.

80) Bejahend Baumbach-Duden, § 125 Anm. 1b; Markower, § 125 Anm. 1c; der davon spricht, daß der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer OHG in der Stellung eines gesetzlichen Vertreters ist, wie der Vorstand eines rechtsfähigen Vereins (§ 26 Abs. 2 BGB).

C. Die gesetzlich gestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als Organmacht

Die juristische Person handelt durch ihre Organe. Ihr Handeln ist das Handeln der juristischen Person⁸¹⁾, und zwar nicht nur im rechtsgeschäftlichen Bereich, sondern grundsätzlich auch bei unerlaubten Handlungen⁸²⁾. Organe sind diejenigen Einrichtungen, in denen sich nach den zugrundeliegenden Organisationsbestimmungen die Willensbildung der Organisation vollzieht⁸³⁾.

Diese Institution des Organs ist zu trennen von dem einzelnen Organwalter⁸⁴⁾, der auch als Organ bezeichnet wird⁸⁵⁾, also derjenigen natürlichen Person oder Personenmehrzahl, die die Organfunktion ausübt. Organ im Sinne von Organwalter sind diejenigen Personen, die aufgrund der maßgebenden Organisationsbestimmungen berechtigt sind, rechtsverbindlich für die Organisation zu handeln⁸⁶⁾.

Ob das Organhandeln als Vertreterhandeln oder als etwas anderes rechtlich zu werten ist, ist eine Frage der Definition. Versteht man unter Vertretung nur das Handeln für einen anderen, den Vertretenen, so ist das Handeln des Organs, das ja Handeln der nicht handlungsfähigen Organisation, der juristischen Person selbst ist, keine Vertretung⁸⁷⁾. Faßt man den Vertreterbegriff weiter und versteht unter Vertretung jedes Handeln mit Fremdwirkung, so ist auch das Organhandeln Vertretung⁸⁸⁾.

Der Anwendung dieses Organbegriffes, der für die juristische Person entwickelt worden ist⁸⁹⁾, auf die Vertretung der OHG

81) Vgl. Staudinger-Coing, Einl. vor § 21 Rdn. 20 f; Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 472.

82) Vgl. § 31 BGB und Staudinger-Coing, Einl. vor § 21 Rdn. 30.

83) Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 164 Rdn. 50.

84) Der Begriff wurde von Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. I § 4 II c § 19 II a 2, § 34 I a 2 entwickelt.

85) Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 164 Rdn. 50.

86) Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 164 Rdn. 50.

87) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht, I S. 472 ff. Laband, AcP 73, 187; Preuß Ihering's-Jahrbücher 44, 429.

88) Schloßmann, Ihering's-Jahrbücher 44, 289; Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 164 Rdn. 51.

89) Vgl. Staudinger-Coing, Vorbem. vor § 164 Rdn. 50; Gierke, a.a.O., S. 472.

durch ihre Gesellschafter könnte die fehlende Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft entgegenstehen. Im Unterschied zur juristischen Person, die selbst nicht handeln könne, so ließe sich argumentieren, seien die OHG-Gesellschafter, die letztlich Träger von Rechten und Verbindlichkeiten seien, handlungsfähig⁹⁰⁾.

Der Organbegriff mag zwar in seiner historischen Entwicklung zunächst für die juristische Person geprägt worden sein. Er reicht jedoch heute in seiner Anwendung weiter. So wird z.B. allgemein anerkannt⁹¹⁾, daß der nichtrechtsfähige Verein durch seinen Vorstand als Organ handelt, obwohl er keine juristische Person ist. Als entscheidend für die Anwendung des Organbegriffs auf den nichtrechtsfähigen Verein wird seine Organisationsform angesehen⁹²⁾, die in ihrer Struktur der juristischen Person ähnlich sei. Diese Organisationsform wird gekennzeichnet

1. durch die Verfolgung des Vereinszwecks unabhängig vom Mitgliedswechsel,
2. durch die Wahrnehmung der Vereinsaufgaben durch satzungsmäßig bestimmte Institutionen (Mitgliederversammlung, Vorstand), die abstrakt bestimmt sind,
3. durch die Beschlußfassung in den Vereinsinstitutionen (Mitgliederversammlung, Vorstand) nach dem Mehrheitsprinzip.

Diese drei Wesensmerkmale der Vereinsorganisation, die herkömmlicherweise⁹³⁾ zur Abgrenzung gegenüber der Gesellschaft angewendet werden, erscheinen zur Differenzierung beider Organisationsformen zur bedingt geeignet.

90) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 2; auch Kormann, Gruchot 57, 505.

91) Erman-Westermann, § 54 Bem. 3; Palandt-Danckelmann, § 54 Bem. 1; Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 54 Rdn. 21; Kormann Gruchot 57, 505; Westermann, Handbuch § 13 I Rz. 145.

92) Vgl. Soergel-Schultze-v. Lasaulx § 45 Rdn. 20.

93) Dazu Staudinger-Coing, Vorbem. § 21 Rdn. 9; Erman-Westermann, § 54 Bem. 2.

zu 1) Auch die offene Handelsgesellschaft kennt in ihrer Organisationsform den Gesellschafterwechsel. Das Fortbestehen der OHG über den Tod einzelner Gesellschafter hinaus und damit die Verfolgung des Gesellschaftszwecks unabhängig vom Wechsel einzelner Mitglieder kann vertraglich vereinbart werden und ist im Gesetz einer, wenn auch lückenhaften Regelung (§§ 131 Ziff.4, 134 ,138 HGB) unterworfen. Zu verweisen ist weiter auf die im Gesetz erwähnte Möglichkeit, im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der OHG mit den Erben eines verstorbenen Gesellschafters (§ 139 HGB) zu vereinbaren, auf die Ausschließungsklage (§ 140 HGB) und die Fortsetzung der OHG durch Gesellschafterbeschluß beim Ausscheiden einzelner Gesellschafter (§ 141 HGB). Im übrigen können im Einverständnis aller Gesellschafter jederzeit neue Gesellschafter in die OHG aufgenommen werden⁹⁴⁾.

zu 2) Auch die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben der Gesellschaft kann - ähnlich wie beim Verein - besonderen Institutionen übertragen werden; z.B. ist es zulässig, gesellschaftsvertraglich einen Aufsichtsrat zu schaffen⁹⁵⁾ und die Beschlußfassung über bestimmte Maßnahmen besonderen, mit Gesellschaftern besetzten Gremien vorzubehalten⁹⁶⁾. Die Besetzung bestimmter Institutionen, vor allem des Vorstandes, ist beim Verein nicht notwendig abstrakt, die Organbestellung kann auch in der Satzung erfolgen⁹⁷⁾. Das BGB gestattet es, den Widerruf der Organstellung beim Vorstand auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes zu beschränken (§ 27 BGB). Andererseits ist es möglich, im Rahmen der OHG-Organisation durch Aufnahme einer juristischen Person - z.B. einer GmbH - als persönlich haftendem Gesellschafter die diesem zustehende Vertreterposition abstrakt auszu-

94) Vgl. zur Problematik im einzelnen Westermann, Handbuch, § 34 II, Rdn. 384 ff.

95) Westermann, Handbuch, § 13 IV, Rdn. 150 m.w.N.

96) Westermann, Handbuch, § 15 II 3, Rdn. 188.

97) Vgl. Westermann, Handbuch, § 8 II 2 Rdn. 116 ff.; Hueck, Recht der OHG § 2 I 2; Baumbach-Duden, § 105 Bem. 1 c; Schlegelberger-Geßler, § 105 Rdn. 25 ff. m.w.N.

gestalten. Die Vertretungsmacht wird in diesem Fall durch Organwalter ausgeübt. Sie sind identisch mit den Organwaltern der juristischen Person, die nach typisch körperschaftlichen Organisationsgrundsätzen, z.B. durch Wahl seitens der Gesellschafterversammlung (§ 46 Ziff. 5 GmbHG), bestellt werden. Damit ist aber eine weitgehende Annäherung zwischen Vertreterstellung von OHG-Gesellschaftern und Organstellung des nichtrechtsfähigen Vereins erreicht.

zu 3) Wenn zur Unterscheidung von Verein und Gesellschaft auf die unterschiedliche Beschlußfassung - Mehrheitsbeschluß hier, Einstimmigkeit dort - abgestellt wird, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß gesellschaftsvertraglich für die Änderung des Gesellschaftsvertrages⁹⁸⁾, insbesondere für die Einsetzung weiterer vertretungsberechtigter Gesellschafter⁹⁹⁾, sowie für den Entzug der Vertretungsmacht¹⁰⁰⁾ das Mehrheitsprinzip vereinbart werden kann.

Eine Unterscheidung zwischen Vereinsstruktur und OHG-Organisation ist daher nur insoweit möglich, als die gesetzlich festgelegten Regeltatbestände der Vereinsorganisation, die Ausnahmen zulassen, und die ebenfalls abdingbaren Regeltatbestände der OHG-Organisation Abweichungen enthalten. Unüberbrückbare Strukturunterschiede zwischen nichtrechtsfähigem Verein und OHG bestehen aber nicht. Die Anwendbarkeit des Organbegriffs auch auf die OHG muß daher möglich sein.

Der Vergleich zwischen nichtrechtsfähigem Verein und OHG verdeutlicht darüber hinaus ein weiteres. Nicht die gesetzliche Anerkennung als juristische Person und nicht Einzelheiten der Organisationsstruktur eines Personenverbandes sind für die Ausbildung von Handlungsorganen maßgebend.

98) Westermann, Handbuch, § 24 I 3, Rdn. 274 m.w.N.

99) Vgl. Westermann, Handbuch, § 17 I 2, Rdn. 203.

100) Vgl. Westermann, Handbuch, § 18 V 3, Rdn. 228; und oben S. 22, Fußn. 56.

Entscheidend ist allein, ob eine Organisation zur Wahrnehmung der ihr zugewiesenen Aufgaben vom Gesetz mit besonderen Handlungsorganen ausgestattet ist, deren Handlungsmacht unmittelbar in der Organisationsgrundlage - im Gesellschaftsvertrag, der Vereinssatzung usw. - wurzelt.

Dies ist bei der gesetzlich näher ausgestalteten Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter der Fall. Die der Gesamthand zustehende Handlungsfähigkeit reicht nicht aus, um die der OHG zugewiesenen Aufgaben als Handelsgesellschaft zu erfüllen. Sowohl die Vornahme von Rechtshandlungen durch alle Gesellschafter als auch die Entgegennahme von Willenserklärungen durch alle Gesellschafter ist wirtschaftlich wie praktisch kaum durchführbar. Aus diesem Grunde sind die Gesellschafter vom Gesetz mit einer besonderen Handlungsmacht ausgestattet, die in der Organisation, im Gesellschaftsvertrag, begründet wird.

Die Organstellung vertretungsberechtigter OHG-Gesellschafter kann auch nicht mit dem Hinweis auf die Personenidentität des Gesellschafters und Organwalters in Zweifel gezogen werden, denn auch bei juristischen Personen, z.B. dem eingetragenen Verein, ist die Wahl von Vereinsmitgliedern in den Vorstand möglich¹⁰¹⁾. Mitunter ist sogar die Mitgliedschaft im Personenverband, der Rechtssubjektivität besitzt, vom Gesetz zur Voraussetzung für die Bestellung zum Organ - zum Vorstandsmitglied - gemacht, wie z.B. in § 9 Abs. 2 GenG.

Es trifft auch nicht zu, daß gegen die Organstellung der vertretungsberechtigten Gesellschafter spräche, daß die Vertretungsmacht rechtsgeschäftlich erteilt wird¹⁰²⁾. Die Unterschiede zwischen rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht und der im Gesetz ausgestalteten Handelsmacht der OHG-Gesellschafter ist oben im einzelnen dargestellt worden. Hier

101) Vgl. zum Problem Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 27 Rdn.6.

102) RGRK-Fischer, § 125 Anm. 3.

bleibt noch zu ergänzen, daß nicht die einzelnen Gesellschafterpersonen rechtsgeschäftlich Vertretungsmacht für einzelne von ihnen schaffen, sondern sich dahin organisieren, daß für die OHG in bestimmter Weise - durch Einzel- oder Gesamtvertretung - gehandelt wird. Die Besetzung dieser Organe mit natürlichen Personen wird zwar in vielen Fällen ebenfalls in einem Akt mit der Schaffung der Organmacht zusammenfallen, notwendig ist dies jedoch nicht, wie die gesellschaftsvertragliche Regelung der Vertretung für Gesellschafter, die erst später als Nachfolger verstorbener OHG-Gesellschafter aufgenommen werden sollen¹⁰³⁾, beweist.

Die Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter wird auch beim Entzug der Handlungsmacht deutlich. Eben weil die Vertreterbestellung Schaffung von Handlungsorganen ist, kann ihre Beseitigung nur im Wege der Umorganisation der Gesellschaft durch Abänderung des Gesellschaftsvertrages erfolgen. Auch die Entziehung der Vertretungsmacht nach § 127 HGB ist ein gesetzlich besonders geregelter Fall der Umorganisation¹⁰⁴⁾, der wegen der Doppelstellung als Organwalter und Organisationsmitglied und der damit notwendig gegebenen Interessenkollision ohne den betroffenen Gesellschafter nur durch alle übrigen Gesellschafter eingeleitet werden kann, es sei denn, daß der Gesellschaftsvertrag insoweit Sonderbestimmungen über die Umorganisation, z.B. durch Mehrheitsbeschluß, enthält.

103) Zur Problematik der Nachfolgeklausel, vgl. Westermann, Handbuch, §37 Rdn. 471 m.w.N.

104) Vgl. Westermann, Handbuch § 18 I 1 Rdn. 214.

D. Zwischenergebnis

Es kann daher festgestellt werden, daß die im Gesetz näher ausgestaltete Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter als Organmacht einzuordnen ist¹⁰⁵⁾.

E. Überleitung

Ausgehend von diesem Ergebnis wäre Schaffung von Einzelhandlungsmacht durch die Gesamtvertreter als Organmachtsgestaltung und als Bevollmächtigung denkbar.

Beide Handlungsmöglichkeiten sollen im Folgenden näher untersucht werden, und zwar zuerst die Schaffung von Einzelorganmacht.

Z W E I T E R T E I L

S c h a f f u n g v o n E i n z e l o r g a n m a c h t
d u r c h d i e g e s a m t v e r t r e t u n g s - b e r e c h -
t i g t e n G e s e l l s c h a f t e r f ü r e i n e n
e i n z e l n e n v o n i h n e n

A. Der Begriff der Gesamtvertretung i.S. von § 125 Abs. 2 S. 1 HGB

Der Gesellschaftsvertrag der OHG kann bestimmen, daß "alle oder mehrere Gesellschafter nur in Gemeinschaft zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigt sein sollen" (§ 125 Abs. 2 S. 1 HGB).

105) Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 2, bezeichnet die Vertretungsmacht als "gesetzliche" (organschaftliche) Vertretung; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2 b, spricht von Vertretung durch ein "Organ". Ähnlich Bandasch, § 125 Anm. 2; Goldmann § 125 Anm. 2; Hämmerle, Handelsrecht, S. 395; Kormann in Gruchot, Bd. 57, 504; Stehle, Gesellschafter S. 42; Behrend, Handelsrecht, S. 507; Gareis, Handelsrecht, S. 164; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 3; Fischer, NJW 54, 778; BGH 33, 108; 36, 295.

Die gemeinschaftliche Vertretung der Gesellschaft bedeutet nicht - wie der Wortlaut der Bestimmung glauben machen könnte - die Zuordnung von Vertretungsmacht an eine Personengesamtheit, etwa eine Gemeinschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Es ist vielmehr die Vertretung des im Rechtsverkehr als Rechtsträger auftretenden Personenverbandes OHG durch mehrere Gesellschafter gemeint, und zwar in der Weise, daß Rechtswirkungen die OHG nur dann treffen, wenn alle oder die zur Vertretung erforderliche Anzahl von Gesamtvertretern mitgewirkt haben. Die gemeinschaftliche Vertretung im Sinne des § 125 Abs. 2 S. 1 HGB bezeichnet das im Vertretungsrecht allgemein bekannte Institut der Gesamtvertretung, d.h. die Aufteilung der Vertretungsmacht unter mehrere Zuordnungssubjekte. Träger, Inhaber der Vertretungsmacht ist nicht die Personenmehrheit der Gesamtvertreter in ihrer Zusammenfassung, sondern jeder einzelne Gesamtvertreter. Lediglich die Wirksamkeit der von einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter für die Gesellschaft abgegebenen Erklärung ist von dem Einverständnis der Mitvertreter abhängig¹⁰⁶⁾. In sachlichem Umfang ist die Organmacht des Mitvertreters - wie die des alleinvertretungsberechtigten Gesellschafters - unbeschränkt (§ 126 Abs. 1 HGB) und unbeschränkbar¹⁰⁷⁾ (§ 126 Abs. 2 1. Halbs.HGB).

B. Der Zweck der Gesamtvertretung

Gesamtvertretung bedeutet Schutz vor Mißbrauch oder Fehlgebrauch von Einzelhandlungsmacht¹⁰⁸⁾. Dieses Ziel wird durch die Mitwirkung mehrerer Personen bei der Vornahme von Rechtshandlungen für den Vertretenen erreicht. Auch auf das Handeln

106) Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 9 f.; Jung, Gesamtvertretung-Gesamtvollmacht, S. 30, 33 m.w.N.; Schwoerer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 3.

107) Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2b; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 7; Goldmann, § 125 Rdn. 14; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 9; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 2, Rdn. 13; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 16; Westermann, Handbuch § 17 III Rdn. 205.

108) Vgl. Brodmann, GmbH § 35 Bem. 26; Jung, Gesamtvertretung, S. 25, 26 m.w.N.

für die OHG bezogen, ist Gesamtvertretung Risikobegrenzung. Jeder einzelne Gesellschafter haftet nach § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der OHG. Um die Gefahr der persönlichen Haftung zu mindern, gewährt das Gesetz in § 125 Abs. 2 S. 1 HGB die Möglichkeit, bei der Organisation der Gesellschaft einzelne Gesellschafter an die Mitwirkung anderer Gesellschafter bei der Vornahme von Rechtshandlungen für die OHG zu binden. Gesamtvertretung der OHG bedeutet daher grundsätzlich Ausschluß einzelner Gesellschafter vom Alleinhandeln für die Gesellschaft. Aus dem Zweck dieser Bindung als Risikobegrenzung und aus ihrer Festlegung im Gesellschaftsvertrag folgt, daß jede Abänderung der Gesamtvertretungsgestaltung, insbesondere die Schaffung von Einzelorganmacht, nur durch alle Gesellschafter, nicht aber durch die Gesamtvertreter allein, erfolgen kann¹⁰⁹⁾.

C. Das Bestimmungsrecht für die Ausübung der Organmacht

Der Grundsatz, daß Gesamtvertretung Einzelhandeln der Gesamtvertreter ausschließt, gilt aber nicht ausnahmslos. Die Ausübungsregelung der Gesamtvertretung unterliegt bei rechtsgeschäftlich begründeten Vertretungsverhältnissen grundsätzlich der freien Disposition desjenigen, dem das Vertreterhandeln zugerechnet werden soll.

Hat dieser z.B. ein Interesse daran, daß die beiden von ihm bestellten Gesamtvertreter die Vertragsverhandlungen gemeinschaftlich führen, damit sie unabhängig voneinander einen persönlichen Eindruck von der Person des Geschäftspartners gewinnen können und dementsprechend Rechtsgeschäfte abschließen, so wird er versuchen, diesen Willen dadurch sicherzustellen, daß er im Rahmen der Handlungsmacht bestimmt, ein wirksames Handeln für ihn solle nur dann vorliegen, wenn beide Gesamtvertreter bei gleichzeitiger Anwesenheit eine Willenserklärung

109) Dazu Westermann, Handbuch § 17 I 2 Rdn. 203.

für ihn abgeben¹¹⁰⁾. In anderen Fällen kann die nacheinander erfolgende Abgabe inhaltlich gleichlautender Willenserklärungen durch die Gesamtvertreter zur Ausübung der Gesamtvertretungsmacht ausreichen, so etwa in allen Gesamtvertretungsverhältnissen, in denen nicht die besondere Interessenlage desjenigen, für den gehandelt wird, oder aber eine gesetzliche Anordnung die persönliche gleichzeitige Anwesenheit der Gesamtvertreter vorschreiben¹¹¹⁾. Um besondere Kenntnisse und Erfahrungen eines Gesamtvertreters auf einem bestimmten Sachgebiet zu nutzen, kann die Gesamtvertretung auch so ausgestaltet sein, daß die Abgabe der Willenserklärung durch einen Gesamtvertreter mit Einwilligung der anderen Gesamtvertreter für ein wirksames Vertreterhandeln ausreicht¹¹²⁾. Denkbar wäre schließlich eine Regelung der Gesamtvertretung in der Weise, daß bei rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung eines von zwei Gesamtvertretern der verbleibende alleinvertretungsberechtigt ist¹¹³⁾.

-
- 110) Ein gesetzliches Beispiel für diese Ausübungsform der Gesamtvertretung ist die Vertretung des Minderjährigen durch den Familienrat in den Fällen, in denen noch kein Vormund bestellt ist (§§ 1846, 1872 BGB). Die Familienratsmitglieder können nur persönlich bei gleichzeitiger Anwesenheit wirksame Willenserklärungen abgeben (§§ 1872 Abs. 2, 1874 BGB).
- 111) Z.B. immer bei gesetzlich angeordneter Gesamtvertretung, wenn die Vertretungsmacht den gesamten Rechts- und Geschäftsbereich des Vertretenen umfaßt; so etwa bei den Vorständen bzw. Organen juristischer Personen (§ 26 BGB, § 78 AktG § 35 GmbHG § 25 GenG), bei der Vertretung von Personengesellschaften (§§ 714, 710 BGB, § 125 HGB), bei der Vertretung von Minderjährigen durch die Eltern (§ 1626 BGB); vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 164 Rdn. 21, 22.
- 112) So wird die Gesamtvertretung des Minderjährigen fast immer zu einer natürlichen oder vereinbarten Aufgabenteilung führen mit der Folge, daß einer der zwei Gesamtvertreter allein rechtswirksam für das Kind handeln kann. Vgl. Erman-Rinke, § 1627 Bem. 10; Palandt-Lauterbach, § 1627 Anm. 1; RGRK-Scheffler, § 1627 BGB Anm. 13.
- 113) Ein gesetzliches Beispiel hierfür enthält § 1678 BGB, der die alleinige Ausübung der elterlichen Gewalt durch einen Elternteil bei tatsächlicher Verhinderung des anderen regelt.

Aus dieser Überlegung folgt, daß allein die rechtliche Ausgestaltung des Vertretungsverhältnisses für die Ausübung der Gesamtvertretung entscheidend ist. Für die Frage, ob und inwieweit die gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter Einzelorganmacht schaffen können, kommt es daher entscheidend auf die Vertretungsregelung der OHG an¹¹⁴⁾.

Die Organmacht der OHG-Gesellschafter beruht auf dem Gesellschaftsvertrag. Die Gesellschafter sind jedoch in der Ausgestaltung der Organmacht nicht frei, sondern bestimmten Bindungen des Gesetzes unterworfen. Unmittelbar aus dem Gesetz folgt z.B. das Verbot, den sachlichen Umfang der Handlungsmacht der Gesellschafter einzuschränken, (§ 126 Abs. 2 S. 1 HGB). Ferner hat das Gesetz eine Art "Typenzwang" für die Vertretungsgestaltung angeordnet, wodurch den Gesellschaftern nur erlaubt wird, die gesetzlich vorgesehene Einzelvertretung durch den völligen Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Vertretung oder durch Anordnung von Gesamtvertretung zwischen mehreren Gesellschaftern und Prokuristen gesellschaftsvertraglich abzubedingen (§ 125 HGB). Die Offenlegung dieser, von der Einzelvertretung abweichenden Vertretungsgestaltung im Handelsregister ist zwingend vorgeschrieben (§ 125 Abs. 4 HGB)¹¹⁵⁾. Auch der Bestand der Organmacht der Gesellschafter wird vom Gesetz in gewissen Grenzen garan-

114) Vgl. Schwoerer, Ausübung der Gesamtvertretung, S. 29 f., der den Willen des Vollmachtgebers oder den Inhalt gesetzlich geregelter Vertretungsverhältnisse für die Ausübung der Gesamtvertretung entscheidend sein läßt.

115) Die Einzelvertretung kann nicht eingetragen werden. Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 27; KGJ 37 A 40. Gleichwohl ergibt sie sich aus dem Handelsregister, denn gem. § 106 HGB sind alle Gesellschafter mit Namen, Stand und Wohnort in das Handelsregister einzutragen. Die Gesellschafter haben Einzelvertretungsmacht (§ 125 Abs. 1 HGB), es sei denn, eine anderweitige Vertretungsregelung ist angeordnet und gem. § 125 Abs. 4 HGB eingetragen.

tiert (§ 127 HGB)¹¹⁶⁾.

Angesichts dieses Dualismus von gesetzlicher und vertraglicher Gestaltung der OHG-Vertretung fragt es sich, wer die Ausübung der Gesamtvertretung und damit die Zulässigkeit des Alleinhandelns einzelner Gesamtvertreter bestimmend festlegt: das Gesetz oder die Gesellschafter.

Für die Antwort auf diese Frage ist Sinn und Zweck der gesetzlichen Vertretungsregelung, insbesondere die in den Vorschriften der §§ 125-127 HGB enthaltene Interessenwertung¹¹⁷⁾ maßgebend. Jede Wertung beruht auf einer Abwägung von in der Regel widerstreitenden Interessen. Die Ermittlung der gesetzlichen Wertung muß daher von einer Analyse der Interessenlage ausgehen.

Die Beziehungen zwischen der Gesellschaft und ihren Handelspartnern wird im Grundsatz durch eine Interesseneinheit gekennzeichnet. Beide Parteien wollen Rechtsgeschäfte miteinander vornehmen, z.B. Waren an- und verkaufen. Zur Erleichterung des Geschäftsverkehrs ist vom Gesetz sachlich unbeschränkte und

116) Die Regelung, die überwiegend die Gesellschaftsinteressen betrifft - während sich der Rechtsverkehr in erster Linie an der handelsregisterlichen Eintragung der Gesellschafter als Vertreter der OHG orientiert (§ 106, 125 Abs. 4 HGB) enthält nach herrschender Meinung kein zwingendes Recht; vgl. Baumbach-Duden, § 127 Bem. 1 A; Schlegelberger-Geßler, § 127 Rdn. 1; RGRK-Weipert § 127 Anm. 15; vgl. zur vertraglichen Ausgestaltung des Entzuges von Vertretungsmacht; Westermann, Handbuch § 18 V, Rdn. 226-228.

117) Zur Interessenwertung vgl. Larenz, Methodenlehre S. 123, 128; Westermann, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei Sicherungsrechten an Fahnris und Forderungen, S. 4; ders. Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung, S. 14; ders. Das Verhältnis zwischen Bergbau und öffentlichen Verkehrsanstalten, S. 23 ff., ders. Richter in Zeit und Raum S. 16.

unbeschränkbare Einzelvertretung durch die OHG-Gesellschafter vorgesehen (§§ 125 Abs. 1, 126 HGB). Name, Stand und Wohnort der Gesellschafter sind aus dem Handelsregister ersichtlich (§ 106 HGB). Der Nachweis der Vertretungsmacht ist damit den vertretungsberechtigten Gesellschaftern, die Nachprüfung der Legitimation dem Rechtsverkehr erleichtert¹¹⁸⁾. Die Institutionalisierung besonderer Organe mit Einzelhandlungsmacht liegt damit sowohl im Interesse der Gesellschaftergemeinschaft als auch im Interesse des Rechtsverkehrs.

Ein Interessengegensatz zeigt sich erst dort, wo eine vom gesetzlichen Normalfall der Einzelvertretung abweichende Vertretungsorganisation im Interesse der Gesellschaft geboten erscheint. Während der Rechtsverkehr immer an sachlich unbeschränkter Einzelvertretung der Gesellschaft interessiert ist, um den Umfang der Vertretungsmacht des Gesellschafters und die Ausgestaltung der Vertretung einer Mehrzahl nur gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter nicht nachprüfen zu müssen, richtet sich das Interesse der Gesellschaft auf Einschränkung der Vertretungsmacht, wenn z.B. ein junger, unerfahrener Gesellschafter die OHG vertreten soll, oder auf Entzug der Vertretungsmacht, wenn z.B. ein Gesellschafter zur Vertretung der OHG gänzlich ungeeignet erscheint.

Diesen natürlichen Interessengegensatz löst das Gesetz in wertender Abwägung. Es trägt einerseits dem Selbstorganisationsinteresse der Gesellschafter Rechnung, wenn es mehrere Vertretungsgestaltungen zur Verfügung stellt, unter denen die Gesellschafter wählen können, z.B. die echte¹¹⁹⁾ oder unechte¹²⁰⁾

118) Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 126 II, Rdn. 21 und § 9 HGB. Schlüter, Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die Grundlagen der Gesellschaft, S. 67 f.

119) Echte Gesamtvertretung ist die Vertretung der OHG durch mehrere Gesellschafter, die nur gemeinschaftlich handeln können. Vgl. Schlegelberger-Geßler § 125 B V, Rdn. 22.

120) Als unechte oder gemischte Gesamtvertretung wird die Gesamtvertretung der Gesellschaft durch Gesellschafter und Prokuristen (§ 125 Abs. 3 HGB) bezeichnet. Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Anm. 6 A; Schlegelberger-Geßler, § 125 B V, Rdn. 22; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2c.

Gesamtvertretung oder den völligen Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Vertretung. Andererseits dient die Festlegung auf diese Vertretungsformen - insbesondere auch die Begrenzung der unechten Gesamtvertretung auf Gesellschafter und Prokuristen ¹²¹⁾ dem Interesse des Rechtsverkehrs und schafft Rechtssicherheit. Dieses Ziel sichert das Gesetz des weiteren durch die Festlegung der Passivvertretung als Einzelvertretung ¹²²⁾, die Anordnung sachlicher Allzuständigkeit der Gesellschaftervertreter ¹²³⁾ und die Eintragungspflicht im Handelsregister.

Aus der Gesamtheit der Interessenabwägungen läßt sich der Wertmaßstab des Gesetzes ermitteln: Die Festlegung der Organmacht der Gesellschafter soll das Vertreterhandeln und damit die Ausübung der Vertretungsmacht leicht nachprüfbar machen. Dem Rechtsverkehr soll durch die Festlegung der Vertretungsgestaltung der OHG die sichere Entscheidung der Frage ermöglicht werden, ob eine von Gesellschaftern in Ausübung ihrer Organmacht für die OHG vorgenommene Rechtshandlung wirksam ist oder nicht.

121) Vgl. den Wortlaut des Gesetzes in § 125 Abs. 3 S. 1 HGB. Eine Gesamtvertretung zwischen Gesellschaftern und Bevollmächtigten ist im übrigen ausgeschlossen. So Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 15; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 17; Ritter, § 125 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 125 B V, Rdn. 24; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 6; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2c

122) Vgl. die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 3 HGB, die im Interesse des Rechtsverkehrs zwingendes Recht setzt, So: Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b a; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, § 17 II 4, Rdn. 211; Baumbach-Duden, § 125 Anm. 5 B; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 13; Schlegelberger-Geßler, § 125 B, Rdn. 21.

123) Die Festlegung des sachlichen Umfangs dient der Rechtssicherheit und damit dem Rechtsverkehr, weil sie Dritten die Erkundigung nach dem Umfang der Vertretungsmacht erspart. Vgl. Schlegelberger-Geßler, § 126 II Rdn. 21; Hueck, Recht der OHG, § 20 III 2a; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, § 16 1; Schlüter, Die Vertretungsmacht des Gesellschafters und die Grundlagen der Gesellschaft, S. 67 f. (69).

Diese gesetzliche Interessenbewertung wäre außer acht gelassen, der Schutz, den das Gesetz dem Rechtsverkehr angedeihen lassen will, vereitelt, wenn den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit die Rechtsmacht zuerkannt würde, im Gesellschaftsvertrag besondere Anordnungen über die Ausübung der Vertretungsmacht zu treffen, die Dritten gegenüber verbindlich sind¹²⁴⁾. Legte der Gesellschaftsvertrag z.B. fest, daß bei angeordneter Gesamtvertretung jede von den Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern abgegebene Willenserklärung nur in schriftlicher Form für die OHG verbindlich sein soll, so wäre der Eintragung im Handelsregister lediglich zu entnehmen, ob Einzelvertretung, oder echte oder unechte Gesamtvertretung angeordnet ist, oder ob sich die einmal angeordnete Vertretungsmacht geändert hat. Die weitere Voraussetzung für die Wirksamkeit des Vertreterhandelns, wie im Beispielsfall hier die Schriftform der Erklärung, wäre für Nichtgesellschafter nicht erkennbar, weil das Wirksamkeitserfordernis der Schriftlichkeit gem. § 125 Abs. 4 HGB nicht eintragungsfähig ist¹²⁵⁾. Ein Schutz des Rechtsverkehrs gem. § 15 HGB fände nicht statt¹²⁶⁾. Die Folge wäre, daß Dritte auf den Abschluß eines zweiseitigen

124) Dies bedeutet nicht, daß eine gesellschaftsvertragliche Regelung über die Ausübung der Gesamtvertretung gänzlich ohne Wirkung ist. Vielmehr sind Schranken in der Ausübung der organähnlichen Vertretung nur im Verhältnis zu Dritten, d.h. im Rahmen der Vertretung der Gesellschaft, soweit sie nicht durch das Gesetz selbst gerechtfertigt werden, unerheblich. Im Innenverhältnis des handelnden Gesellschafters zur Gesellschaft selbst vermag eine entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages sehr wohl Bedeutung zu erlangen. Eine Verletzung der dem einzelnen Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag auferlegten Verpflichtung vermag als Regelung der Geschäftsführung Bedeutung im Rahmen von Schadenersatzansprüchen zu gewinnen und unter Umständen einen Widerruf der dem Gesellschafter zustehenden organ-schaftlichen Vertretungsmacht zu rechtfertigen.

125) Vgl. den Wortlaut des § 125 Abs. 4 HGB; Schlegelberger-Gebler, § 125 VI, Rdn. 27 m.w.N.

126) § 15 HGB knüpft nur an eintragungsfähige Tatsachen an.

Rechtsgeschäfts wegen des Risikos möglicher Unwirksamkeit verzichten werden.

Besonders deutlich wird die Problematik, wenn einseitige Willenserklärungen von der Gesellschaft abzugeben sind, z.B. eine Kündigung. Ist die Wirksamkeit der Willenserklärung im Gesellschaftsvertrag an die Schriftform gebunden, so ist dies für den Rechtsverkehr nicht erkennbar. Der Vertragspartner der OHG, dessen Vertragsverhältnis gekündigt ist, kann demnach nicht beurteilen, ob die ausgesprochene Kündigung wirksam und das Vertragsverhältnis damit aufgelöst ist oder nicht.

Die Problematik kann auch nicht durch entsprechende Anwendung des Rechtsgedankens aus § 174 BGB gelöst werden, weil die Vorschrift auf "gesetzliche Vertretungsverhältnisse" keine Anwendung findet¹²⁷⁾. Die Legitimationsfunktion der Vollmachtsurkunde wird durch die gesetzliche Vertretungsgestaltung der OHG in Verbindung mit der handelsregisterlichen Eintragung verdrängt.

Aber nicht nur gesellschaftsvertragliche Erschwerungen der Ausübung der Gesamtvertretung, sondern auch Erleichterungen sind durch die Interessenwertung des Gesetzes und die damit gesetzten Wertmaßstäbe ausgeschlossen. Die Bestimmung eines Gesellschaftsvertrages, nach der z.B. auch das Alleinhandeln eines Gesamtvertreters für die OHG verbindlich wäre, wenn nicht binnen einer Frist von fünf Tagen dem Rechtsgeschäft durch die Mitvertreter widersprochen wird, beeinträchtigt die sichere Beurteilung der Rechtswirksamkeit von Handlungen, die für die Gesellschaft vorgenommen werden. Der Vertragspartner der OHG, dessen Vertragsverhältniss beispielsweise von nur einem Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter gekündigt wäre, könnte die Wirksamkeit der Erklärung und damit die Beendigung des Vertragsverhältnisses

127) Erman-Böhle-Stamschräder, § 174 Anm. 4; Palandt-Danckelmann, § 174 Anm. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 174 Rdn. 6.

nicht sicher bestimmen. Ein Vertrauensschutz gem. § 15 HGB findet, wie oben ausgeführt, nicht statt. Der Rechtsgedanke aus § 174 BGB ist unanwendbar¹²⁸⁾. Die Wirksamkeit der Rechtshandlung wäre, wollte man diese Ausübungsregelung im Gesellschaftsvertrage zulassen, von Faktoren abhängig, die sich nicht aus dem Gesetz im Zusammenwirken mit der handelsregisterlichen Eintragung ergäben.

Diese Überlegungen zeigen, daß die vom Gesetz bei der Ausgestaltung des Vertretungsrechts der OHG vorgenommene Interessenwertung und die damit gesetzten Wertmaßstäbe eine gesellschaftsvertragliche Ausübungsregelung der Vertretung - abgesehen von der Wahl der Vertretungsform (Einzel-, Gesamtvertretung) nach § 125 HGB und der Beschränkung der Vertretung auf die Niederlassung nach § 126 Abs. 3 HGB - nicht zulassen. Für die Ausübung der Gesamtvertretung ist demnach allein die gesetzliche Vertretungsregelung maßgebend. Zutreffend wird daher in der Lit.¹²⁹⁾ die Ausgestaltung der Organmacht im Gesetz als abschließend bezeichnet.

Ist aber die Ausübungsregelung der Gesamtvertretung der Gesellschaftergesamtheit vom Gesetz entzogen und verbleibt den Gesellschaftern bei der Organisation des Personenverbandes nur das Wahlrecht zwischen dem völligen Ausschluß einzelner Gesellschafter von der Vertretung und der Anordnung von Einzelvertretung oder Gesamtvertretung, so kann Gesamtvertretung nur gemeinschaftliches Handeln aller Gesamtvertreter bedeuten, es sei denn, daß die gesetzliche Regelung der Gesamtvertretung eine Ausnahme - ein Einzelhandeln des Gesamtvertreters als Organ - zuläßt.

128) Vgl. Fußn. 126, 127.

129) Müller-Erzbach, Handelsrecht S. 202; Lehmann, Handelsrecht, S. 101; Schumann, Handelsrecht, S. 247; Hueck, Recht der OHG, § 20 III 2; Stehle, Die Gesellschaften, S. 40; Potthoff-Zintzen, Gesellschaftsverträge der Personalgesellschaften, S. 98; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 3; RGRK-Fischer § 125 Anm. 6; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn.1; BGH Betrieb 1955, 552.

D. Die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB als Ausübungsregelung der Organmacht

Eine solche Ausnahmeregelung könnte sich aus der Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB ergeben, der bestimmt, daß "die Gesamtvertreter einzelne von ihnen zur Vornahme von bestimmten oder bestimmten Arten von Rechtsgeschäften ermächtigen" können. Voraussetzung für diese Annahme wäre jedoch, daß § 125 Abs. 2 S. 2 HGB tatsächlich die Organmachtsgestaltung durch die Gesamtvertreter betrifft.

I. Die Wortinterpretation des Begriffs "ermächtigen"

Für die Auffassung § 125 Abs. 2 S. 2 HGB sei eine Ausübungsregelung von Organmacht, könnte sprechen, daß der Gesetzgeber den Begriff "ermächtigen" und nicht "bevollmächtigen" zur Kennzeichnung der geschaffenen Einzelhandlungsmacht gebraucht hat¹³⁰⁾.

Allein aus dieser Formulierung des Gesetzes kann nicht - wie oben¹³¹⁾, bereits ausgeführt - auf eine Ausübungsregelung der Organmacht geschlossen werden, denn der Gesetzgeber verwendet an anderer Stelle im HGB das Wort "ermächtigen" in Bezug auf eine Vollmachtserteilung.

II. Die rechtliche Einordnung des Begriffs "ermächtigen" durch den Gesetzgeber

Die These, die Regelung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB betreffe die Ausübung von Organmacht, läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf die rechtliche Einordnung der "Ermächtigung" durch den Gesetzgeber begründen, denn der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB keine dogmatische Einordnung der "Ermächtigung" vorgenommen oder

130) Vgl. für die gleichliegende Frage bei der Aktiengesellschaft, Schmidt-Meyer-Landrut, AktR § 71 Anm. 13.

131) Vgl. S. 12 ff.

vornehmen wollen. Während das Reichsgericht¹³²⁾ bereits vor dem Inkrafttreten des HGB und vor der Einführung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB in das Handelsgesetzbuch die Bevollmächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten OHG-Gesellschafters für bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften anerkannt hatte, ergaben sich wegen der Vorschrift des § 181 BGB Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Bevollmächtigung, an deren Erteilung der Bevollmächtigte selbst mitwirkt. Um die Bedenken, die sich aus dieser Regelung des BGB ergeben könnten, auszuräumen, wurde zur Klarstellung die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB in das Gesetz eingefügt¹³³⁾.

III. Die rechtliche Einordnung des Begriffs "Ermächtigen" nach seiner Stellung im Gesetz

Auch aus der Stellung der Norm § 125 Abs. 2 S. 2 HGB im Gesetz, innerhalb der Vorschriften, die die Organmacht der Gesellschafter betreffen, läßt sich nicht zwingend darauf schließen, daß die dem Mitvertreter erteilte Ermächtigung ein Handeln kraft Organmacht ermöglicht. Die Regelung der §§ 125-127 HGB betrifft nämlich nicht nur die Organmacht für Gesellschafter, sondern auch die Vertretung der OHG durch Bevollmächtigte. So erwähnt die Vorschrift des § 126 Abs. 1 HGB die Rechtsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter, eine Prokura, d.h. eine gesetzliche näher ausgestaltete Vollmacht zu erteilen. Ähnlich wie in § 126 Abs. 1 HGB die Prokuraerteilung, ließe sich die Ermächtigung im Sinne von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, deren Schaffung in Ausübung der Organmacht erfolgt, als sachlich beschränkte, rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einordnen, an deren Begründung der zu bevollmächtigende Gesellschafter unter Befreiung vom Verbot des

132) Dazu RG 48, 58; RG JW 1900, 663; Staub, GmbHG § 35 Anm. 16.

133) Denkschrift zum HGB S. 91, Reichstags-Drucksache 9. Legislaturperiode, VI. Session, 1895/97 zu Nr. 632, Anlage B0 3184.

Selbstkontrahierens mitwirkt¹³⁴⁾:

Aber auch die Regelung der unechten Gesamtvertretung im Gesetz (§ 125 Abs. 3 HGB) enthält ebenfalls nicht nur eine Organmachtsgestaltung, sondern, soweit die Mitwirkung eines Prokuristen vorgesehen ist, eine besondere Regelung abhängiger Vertretungsmacht. Zwar ist im Gegensatz zum historischen Gesetzgeber anzunehmen¹³⁵⁾, daß die gesellschaftsvertragliche Anordnung der Gesamtvertretung den sachlichen Handlungsrahmen der Prokura über die von § 49 Abs. 1 und Abs. 2 HGB gezogenen Grenzen erweitert¹³⁶⁾, weil die Organmacht eines Gesellschafters nach § 126 HGB unbeschränkt und unbeschränkbar ist¹³⁷⁾. Dies bedeutet, daß der Prokurist mit dem oder den Gesellschaftern bei Rechtsgeschäften mitwirken kann, z.B. eine Prokura widerrufen kann¹³⁸⁾, deren Vornahme ihm auf Grund der Prokura allein versagt sind. Die Prokura wird aber damit nicht zur Organmacht¹³⁹⁾, denn sie teilt - anders als jene - nicht deren Bestandsgarantie. Die Prokura kann vielmehr grundsätzlich durch vertretungsberechtigte Gesellschafter frei widerrufen werden¹⁴⁰⁾.

134) Baumbach-Duden, § 125 Anm. 5c; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; wohl auch RGRK-Weipert, § 125 Anm. 1o; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 4, Rdn. 18; Lehmann-Ring, HGB § 125 Rdn.12; Ritter, § 125 Anm. 6; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm.4a; RGRK-BGB § 181 Anm. 23; Hueck, Recht der OHG, § 2o II 2 b; Bartolomä, Vollmachten, S. 17; RG 8o, 182; 81, 328.

135) Vgl. Denkschrift zum HGB, S. 99.

136) Baumbach-Duden, § 125 Bem. 6 B; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 14; Schlegelberger-Geßler § 125 Rdn. 25; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 16; Ritter, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 26; Hueck, Recht der OHG, § 2o II 2c; RG 134, 3o3; BGH 13, 64; a.A. Denkschrift zum HGB I S. 99.

137) Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 25; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 16; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 26.

138) Baumbach-Duden § 125 Bem. 6 B; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 16; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 26; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 25; Hueck, Recht der OHG, § 2o II 2c.

139) Vgl. RGRK-Weipert, § 125 Anm. 16; RGRK-Fischer, § 125 Anm 26.

140) Düringer-Flechtheim, § 127 Anm. 3; RGRK-Weipert, § 127 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler, § 127 Anm. 2; Ritter, § 127 Anm. 2a; Hueck, Recht der OHG, § 2o II 2c.

Demgegenüber wendet Fischer¹⁴¹⁾ ein, daß in der Anordnung unechter Gesamtvertretung notwendig eine Beschränkung des Prokura-Widerrufs auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes enthalten sei, weil es den vertretungsberechtigten Gesellschaftern nicht anheim gegeben werden könne, einen Gesellschafter durch Entzug der Prokura ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes und ohne Einleitung des besonderen Entziehungsverfahrens gem. § 127 HGB von einem Handeln für die OHG auszuschließen.

Diese Argumentation dürfte in ihrer Allgemeinheit nicht zutreffen. Zwar können die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit den Widerruf der Prokura auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränken¹⁴²⁾. Eine solche Beschränkung kann sich auch aus dem Gesellschaftsvertrag¹⁴³⁾ oder aus der Auslegung eines Gesellschaftsvertrages ergeben. Es erscheint jedoch bedenklich, einen solchen Bindungswillen der Gesellschafter grundsätzlich in der Anordnung unechter Gesamtvertretung im Gesellschaftsvertrag zu sehen. Die Schaffung unechter Gesamtvertretung setzt nicht notwendig voraus, daß der mitvertretungsberechtigte Prokurist bereits bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages namentlich bekannt ist¹⁴⁴⁾. Auswahl und Bestellung des Prokuristen kann vielmehr den vertretungsberechtigten Gesellschaftern überlassen werden. Der Gesellschaftsvertrag regelt dann insoweit nur die Institution der unechten Gesamtvertretung, sichert den Bestand einer Prokura überhaupt als Voraussetzung für die Ausübung der Gesamtvertretung. Er enthält aber keine besondere Bindung an eine bestimmte Person, die zum Prokuristen bestellt werden soll. Daraus folgt, daß es nur Pflicht

141) RGRK-Fischer, § 127 Anm. 2.

142) Vgl. Baumbach-Duden, § 52 Bem. 1 B; Westermann, Handbuch § 49 II 2 c; Rdn. 864.

143) Baumbach-Duden § 170 Anm. B; Westermann, Handbuch § 49 e c; Rdn. 864; BGH 17, 392.

144) Vgl. Ritter, § 125 Anm. 8; RGRK-Weipert § 125 Anm. 16 m.w.N.; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 26; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 23; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2c.

der vertretungsberechtigten Gesellschafter ist, nach besten Kräften dafür zu sorgen, daß der gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter stets mit einem Prokuristen zusammen handeln kann. Die Gefahr, daß ein Gesellschafter durch Entzug der Prokura vom Handeln für die OHG auf Dauer ausgeschlossen wird, besteht dann nicht, wenn für den aus der Vertretung der OHG ausscheidende Prokuristen X ein neuer Prokurist bestellt werden muß und jeder Gesellschafter die Erfüllung der Verpflichtung erzwingen kann.

Da die Prokura auch bei Bestehen unechter Gesamtvertretung entweder frei oder aus wichtigem Grund von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern widerrufen werden kann, ist sie abhängige Vertretungsmacht, die rechtsgeschäftlich erteilt wird, d.h. Vollmacht und nicht Organmacht¹⁴⁵⁾.

Läßt demnach weder der Wortlaut noch die Entstehungsschichte oder die Stellung der Norm des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB im Gesetz einen eindeutigen Schluß auf die Rechtsnatur der Ermächtigung zum Alleinhandeln zu, so können nur ihre Gestaltungsgrundsätze die rechtliche Einordnung als rechtsgeschäftliche Erteilung von Vertretungsmacht (Bevollmächtigung) oder als Umgestaltung oder Ausübungsüberlassung von Organmacht ermöglichen. Die Untersuchung der Gestaltungsgrundsätze muß dabei unter zwei Gesichtspunkten erfolgen, und zwar vom Entstehungstatbestand her - unter der Fragestellung wie die Ermächtigung rechtlich einzuordnen ist - und von der Rechtsfolge her - unter der Fragestellung, welche Rechtsnatur die entstehende Einzelhandlungsmacht hat.

145) Vgl. Baumbach-Duden § 170 Anm. B; Westermann, Handbuch, § 49 II 2c; Rdn. 864; BGH 17, 392 f. (396).

IV. Die Rechtsnatur der Erteilung von Einzelhandlungsmacht

1. Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Umgestaltung von Organmacht

Die in § 125 Abs. 2 S. 2 HGB vorgesehene Ermächtigung könnte eine Umgestaltung der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Organmichtsregelung darstellen, die dogmatisch als Teilübertragung der den einzelnen Gesamtvertretern zustehenden Organmacht, oder als Verzicht der Mitvertreter zugunsten eines Gesamtvertreters eingeordnet werden könnte¹⁴⁶⁾.

Ein Verzicht ist eine Verfügung über ein Recht¹⁴⁷⁾, die entweder einseitig - in der Regel gegenüber einem bestimmten Erklärungsempfänger - oder vertraglich - wie z.B. im Recht der Schuldverhältnisse - vorgenommen werden kann¹⁴⁸⁾. Der Verzicht auf die Ausübung der Organmacht setzt demnach voraus, daß die den Organwaltern aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Vertretungsgestaltung zustehende Handlungsmacht ein Recht ist, das der Verfügung durch die Gesamtvertreter unterliegt.

Die Organmacht eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters wird zwar verschiedentlich als Mitgliedschaftsrecht¹⁴⁹⁾ oder als Vertretungsrecht¹⁵⁰⁾ bezeichnet; ob ihr aber wirklich

146) Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften § 15 II 2 b, S. 382.

147) Vgl. Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Rdn. 71; Walsmann, Der Verzicht, S. 45, 215.

148) Vgl. zu Fußn. 147.

149) Hierzu Fischer, Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftsrechtlicher Mitgliedschaftsrechte, NJW 54, 777 (779); Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, S. 149 und Fußn. 138 m.w.N.

150) Westermann, Vertragsfreiheit, S. 149.

Rechtsqualität zukommt, muß zweifelhaft erscheinen. Die Organmacht ist ebensowenig wie die gesetzliche oder gewillkürte Vertretungsmacht ein subjektives Recht, denn sie kann nicht wie ein solches ausgeübt werden¹⁵¹⁾. Die Organmacht kann auch nicht als Gestaltungsrecht aufgefaßt werden, weil der Rechtserfolg nicht nur durch ihre Ausübung eintritt¹⁵²⁾. Die Organmacht kann nicht geltend gemacht werden, wie etwa das Anfechtungsrecht, und erschöpft sich auch nicht in einmaliger Ausübung. Sie ist nur eine Legitimation¹⁵³⁾, Rechtshandlungen vorzunehmen, die einem von der Person des Handelnden verschiedenen Rechtssubjekt zugerechnet werden.

Unabhängig von der Frage der Rechtsqualität der Organmacht steht der rechtlichen Einordnung der Ermächtigung als Verzicht entgegen, daß die Organmacht nicht der rechtsgeschäftlichen Verfügung durch die Gesamtvertreter unterliegt¹⁵⁴⁾. Dieses Verfügungsverbot wird daraus abgeleitet, daß die vertretungsberechtigten Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der OHG selbst einzustehen haben und diese Wechselbezüglichkeit zwischen Haftung und Handlungsmacht¹⁵⁵⁾ bei der Übertragung von Organmacht auf Dritte oder Kommanditisten verloren gehe.

151) Für die Vertretungsmacht ebenso: Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rdn. 20; Müller-Freienfels, Stellvertretung beim Rechtsgeschäft, S. 35 (44).

152) Für die Vertretungsmacht: Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rdn. 20; Müller-Freienfels, Stellvertretung, S. 42.

153) Für die Vertretungsmacht so Flume, BGB Allg. Teil II § 45 II 1.

154) Baumbach-Duden, § 114 Bem. 2; Schlegelberger-Geßler, § 114 Rdn. 11 ff.; RGRK-Fischer, § 114 Anm. 9; Wiedemann, Übertragung von Mitgliedschaftsrechten, S. 377 m.w.N.; Schilling, Zur Ausübung fremder Gesellschaftsrechte im eigenen Namen, Festschrift für Schmidt, S. 215; vgl. auch Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 154; Walsmann, Verzicht, S. 107, 108; BGH 36, 292 (295).

155) Schilling, Ausübung S. 214.

Ähnlich wird mit der notwendigen Verknüpfung von Treuepflichten als Gesellschafter und Handlungsmacht die Unübertragbarkeit von Organmacht begründet¹⁵⁶⁾.

Die angeführte Argumentation mag die Übertragung von Organmacht auf Kommanditisten oder Nichtgesellschafter ausschließen, nicht aber auf gesamtvertretungsberechtigte Komplementäre, deren Gesellschafterpflichten und Haftung vor und nach der Übertragung die gleichen sind. Die Rechtfertigung dafür, daß die Organmachtsgestaltung auch unter Komplementären nicht beliebig verändert werden kann, liegt vielmehr darin, daß die Organmacht auf einem Organisationsakt, dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages beruht. Dieser Vertragsabschluß ist ein Rechtsgeschäft dessen Änderung - auch durch Verzicht -¹⁵⁷⁾ nur auf vertraglicher Grundlage unter Mitwirkung aller Gesellschafter erfolgen kann¹⁵⁸⁾. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter übt als Organ die Willensbildung und Entschließung der Gesellschaft aus. Durch die Anordnung der Gesamtvertretung ist er hierbei an die Mitwirkung seiner Mitvertreter gebunden. Nur unter dieser Voraussetzung haben die Gesellschafter - insbesondere die von der Vertretung ausgeschlossenen - das Risiko der persönlichen Haftung für die Verpflichtungen der Gesellschaft übernommen. Dieses Haftungsrisiko kann nicht einseitig von einzelnen Gesellschaftern erweitert werden, indem sie einen Mitvertreter von der Fessel der Mitwirkung teilweise befreien.

Nun ließe sich einwenden, daß alle Gesellschafter mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der Wahl der Organisationsform die im Gesetz vorgesehene Schaffung von Einzelorganmacht in sachlich begrenztem Umfang durch die Gesamtvertreter als ge-

156) Vgl. RGRK-Fischer, § 114 Anm. 9; Schilling a.a.O., S.215; Wiedemann, Übertragung, S. 377, 378.

157) Vgl. Staudinger-Coing, vor 9 164 Rdn. 71; Walsmann, Verzicht S. 108, 215.

158) Dazu Westermann, Handbuch, § 17 I 2 Rdn. 203.

gewollte Folge in Kauf genommen und damit ihre Befugnis, den übernommenen Risikobereich umzugestalten, insoweit auf die Gesamtvertreter übertragen haben. Diese Annahme setzt voraus, daß die Gesellschaftergesamtheit selbst sachlich begrenzte Organmacht schaffen könnte. Gerade dies ist nicht der Fall, weil § 126 HGB zwingend den sachlichen Umfang der Organmacht als unbeschränkt und unbeschränkbar festlegt. Es kann nun aber nicht angenommen werden, daß einem Teil der Gesellschafter - den Gesamtvertreterern - vom Gesetz weitergehende Organisationsbefugnisse eingeräumt worden sind als allen Gesellschaftern, einschließlich der Gesamtvertreter zusammen.

Die Ermächtigung zum Einzelhandeln kann daher nicht Verzicht auf Organmacht zugunsten eines Mitvertreters sein.

2. Die Ermächtigung als zusätzliche Neuschaffung von Organmacht

Die Ermächtigung im Sinne von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB kann auch nicht als Schaffung von Einzelorganmacht sachlich beschränkten Umfanges, die neben der gemeinschaftlichen Handlungsmacht - Gesamtorganmacht - besteht¹⁵⁹⁾, rechtlich eingeordnet werden. Die gegebene Begründung, der ermächtigte Gesellschafter der OHG könne wegen seiner Stellung als "Prinzipal" und Organ der Gesellschaft nicht Inhaber einer abgeleiteten Vertretungsmacht - einer Vollmacht - sein, vermag die These, die Gesamtvertreter könnten Organmacht schaffen, nicht zu rechtfertigen. Eine abhängige rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, d.h. eine Vollmacht, wird nicht dem Organ, sondern einer natürlichen Person ebenso wie jedem Dritten erteilt. Da die OHG im Rechtsverkehr als "rechtsfähiger" Personenverband (§ 124 HGB) auftritt und jedem Nichtgesellschafter eine Prokura oder Vollmacht erteilen

159) RGRK-Fischer, § 125 Anm. 19; vgl. zu der dem § 125 Abs. 2 S. 2 entsprechenden Regelung des § 332 HGB; Bordmann, AktR § 332 Anm. 4 b; zu § 71 Abs. 2 S. 1 AktG a.F.; Schmidt-Meyer-Landrut, AktR § 71 Anm. 13; v. Godin-Wilhelmi, § 71 Anm. 4; zur Neufassung der Vorschrift in § 78 Abs. 4 S. 1 AktG v. Godin-Wilhelmi, § 78 Anm. 9.

kann (§ 126 HGB), bestehen keine durchgreifenden Bedenken, den gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter, soweit er einem Dritten gleichsteht, mit einer ähnlichen Handlungsmacht auszustatten¹⁶⁰⁾.

Im übrigen gilt auch für die Neuschaffung von Organmacht der entwickelte Grundsatz¹⁶¹⁾, daß jede Abänderung der Gesellschaftsorganisation - also auch die Bildung zusätzlicher Organe - der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf.

3. Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Ermächtigung im Sinne von § 185 BGB

Weiter wäre denkbar, die Schaffung von Alleinhandlungsmacht dem Wortlaut des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB entsprechend als Ermächtigung aufzufassen. Ermächtigung ist die Erteilung der Rechtsmacht, im eigenen Namen, aber mit Wirkung für einen anderen zu handeln¹⁶²⁾. Sie hat ihre gesetzliche Grundlage in § 185 BGB und gilt grundsätzlich nur für Verfügungen¹⁶³⁾. Der "ermächtigte" OHG-Gesellschafter handelt nicht im eigenen Namen, sondern für die Gesellschaft und unter ihrer Firma. Auch greift die Regelung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB weiter, als der Begriff der Verfügungsermächtigung es zuläßt. Aus dem Zweck der Norm, die Reaktionsfähigkeit der OHG im Rechtsverkehr zu steigern, folgt, daß nicht nur Verfügungen, sondern auch Verpflichtungsgeschäfte von dem ermächtigten Gesellschafter vorgenommen werden können. Aber mit dieser Argumentation allein kann die rechtliche Einordnung der zu schaffenden Einzelhandlungsmacht als Ermächtigung nicht abgelehnt werden, denn im neueren Schrifttum findet auch im Schuldrecht das Institut der Ermächtigung als Verpflichtungser-

160) Vgl. dazu Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2b.

161) Vgl. oben S. 55, 56.

162) Vgl. zum Begriff Palandt-Danckelmann, § 167 Anm. 1; Erman-Hense, § 783 Bem. 3; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 185 Rdn. 33.

163) Siehe Fußn. 162.

ermächtigung¹⁶⁴⁾ Verwendung. Hierunter wird die Erteilung der Rechtsmacht verstanden, im eigenen Namen, aber mit Wirkung für einen anderen Pflichten zu begründen.

Die Verpflichtungsermächtigung ist in unterschiedlichen Gestaltungsformen denkbar, je nachdem ob die Ermächtigung dem Vertragspartner offenbart wird oder nicht und ob der Handelnde und der Ermächtigende nebeneinander haften oder nicht¹⁶⁵⁾. Allen Handlungsformen ist aber gemeinsam, daß stets nur die Pflichten, nicht aber Rechte für den Ermächtigenden begründet werden¹⁶⁶⁾. Bei Abschluß eines Kaufvertrages z.B. soll nur die Zahlungspflicht, nicht aber das Forderungsrecht auf die Leistung für den Ermächtigenden entstehen. Dies wird vielmehr dem Ermächtigten zugeordnet. Da die Ermächtigung zum Einzelhandeln gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB eine Erleichterung im Handeln für die OHG bringen soll, erscheint eine Zuordnung lediglich der Pflichten der OHG, der Rechte aber zum Gesellschafter widersinnig.

Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht kann daher nicht als Ermächtigung rechtlich eingeordnet werden.

164) Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 185 Rdn. 39 ff.; Bettermann, Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter, JZ 1951, 321 (323); Dölle, Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Schulz, II S. 227.

165) Vgl. die Übersicht bei Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 185 Rdn. 39-42.

166) Dazu Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 185 Rdn. 70; Bettermann, Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zulasten Dritter, JZ 51, 222, 223.

4. Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Legitimationszession

Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht läßt sich auch nicht als Legitimationszession rechtlich werten¹⁶⁷⁾. Der ermächtigte Gesellschafter handelt aufgrund der Ermächtigung nicht in eigenem Namen kraft Legitimation mit Wirkung für die OHG, sondern nur in fremden Namen.

5. Schaffung von Einzelhandlungsmacht als vorweggenommene Mitwirkung

Vereinzelte wird in der Literatur¹⁶⁸⁾ die Auffassung vertreten, die nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB einem Gesamtvertreter erteilte Einzelhandlungsmacht sei rechtlich eine "vorweggenommene" Mitwirkung der Mitvertreter, die zu einer Erweiterung der Befugnis, die gesetzliche Vertretungsmacht zu handhaben" führe. Zur Begründung¹⁶⁹⁾ beruft man sich darauf, daß

- a) ein gesetzlicher Vertreter nicht zugleich Inhaber einer Vollmacht für dasselbe Rechtssubjekt sein könne,
- b) der ermächtigte Geschäftsführer als Organ handle, weil er Rechtsgeschäfte vornehmen könne, die kein Bevollmächtigter tätigen könne,
- c) die OHG für sein Handeln gem. § 31 BGB hafte.

167) Vgl. zum Begriff Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 185 Rdn. 35; Erman-Böhle-Stamschräder, § 185 Bem. 1; Enneccerus-Nipperdey, § 204 I 3; Staudinger-Coing vor § 164 Rdn. 63 m.w.N.; Erman-Westermann, § 398 Bem. 14, 15; auch RG 166, 238; 170, 191; BGH 4, 153 (164); vgl. auch die Entwicklung des Begriffs bei Schilling, Zur Ausübung fremder Gesellschaftsrechte im eigenen Namen, Festschrift für Schmidt, S. 208 f. (210); und Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften S. 400.

168) Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 382.

169) Wiedemann, Übertragung, a.a.O. S. 381.

zu a) Diese Argumente sind nicht zwingend. Die Annahme, die gesetzliche Vertretungsmacht schließe die Bevollmächtigung für dasselbe Rechtssubjekt aus, ist unrichtig, weil die Vollmacht nicht dem Organ, sondern einer natürlichen Person erteilt wird¹⁷⁰⁾. So kann der gesetzliche Vertreter eines Kindes neben der gesetzlichen Gesamtvertretungsmacht auch Alleinhandlungsmacht zur Durchführung bestimmter Rechtsgeschäfte durch eine Vollmacht haben, eine Vollmacht, die sich regelmäßig aus der natürlichen Aufgabenteilung zwischen den Eltern ergibt¹⁷¹⁾. Einem gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied eines Vereins kann eine Vollmacht zum Abschluß eines bestimmten Geschäftes erteilt werden¹⁷²⁾.

zu b) Soweit geltend gemacht wird, der ermächtigte Gesamtvertreter könne aufgrund seiner Einzelhandlungsmacht Rechtsgeschäfte, die kraft Vollmacht nicht vorgenommen werden können, ausführen¹⁷³⁾, ist diese These unbewiesen. Welche Rechtsgeschäfte hier gemeint sind, zu deren Durchführung nicht auch ein Dritter kraft Einzelvollmacht fähig wäre, ist unklar.

zu c) Auch die weitere Argumentation, die Haftung für den ermächtigten Gesellschafter gem. § 31 BGB spreche für die Annahme organschaftlicher bzw. gesetzlicher Handlungsmacht, ist nicht überzeugend. Die Haftung der OHG gem. § 31 BGB für Handlungen, die ein Gesellschafter kraft Ermächtigung vornimmt, ist bestritten¹⁷⁴⁾. Soweit sie abgelehnt wird, geschieht dies ausdrücklich unter Hinweis darauf, daß die Ermächtigung eine Bevollmächtigung sei¹⁷⁵⁾. Aber auch wenn und

170) Vgl. dazu oben S. 57 und Fußn. 160.

171) Vgl. statt aller Palandt-Lauterbach, § 1629 Bem. 1.

172) So Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 26 Rdn. 14; Staudinger-Coing, § 26 Bem. 17.

173) Wiedemann, Übertragung, a.a.O. S. 381.

174) Verneinend RGRK-Weipert, § 126 Anm. 29.

175) Vgl. Fußn. 174.

soweit die Haftungsfolge des § 31 HGB für ein Handeln des Gesellschafters anerkannt wird¹⁷⁶⁾, geschieht dies nicht, weil die Ermächtigung ein Einzelhandeln als Organ ermöglicht. Nicht die Ermächtigung, sondern die im Gesellschaftsvertrag festgelegte Stellung als Gesamtvertreter begründet die Organhaftung, und zwar für rechtsgeschäftliches wie für tatsächliches Handeln.

Aber nicht nur die Begründung der These von der Ermächtigung als vorweggenommener Mitwirkung der Mitvertreter, sondern die Begriffsbildung selbst ist bedenklich. Die ermächtigenden Gesamtvertreter wirken gerade nicht beim Abschluß von Rechtsgeschäften mit, die der Ermächtigte vornimmt. Sie üben auch im Vorhinein keine generelle Mitwirkung aus, denn bei der Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ist weder deren Zahl noch Ausgestaltung bekannt, jeder Ansatzpunkt für eine Mitwirkung bei der Beratung und Beschlußfassung fehlt. Die Ermächtigung gem. § 125 Abs. 2 S. 2 BGB schafft Einzelhandlungsmacht, sie gewährt einem Gesamtvertreter die Möglichkeit, Rechte und Pflichten für die OHG allein zu begründen. Sie kann nicht als vorweggenommene generelle Mitwirkung der Organwalter bei zukünftig erst durch den Ermächtigten vorzunehmenden Rechtsgeschäften gewertet werden.

176) So RGRK-Fischer, § 126 Anm. 22; Schlegelberger-Geßler, § 126 Rdn. 25 m.w.N.; Hueck, Recht der OHG, § 19 IV Fußn. 21; vgl. auch RG 57, 94; 78. 354; 110, 426; 157, 233.

6. Schaffung von Einzelhandlungsmacht als Bevollmächtigung

Die Ermächtigung im Sinne von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB ist nicht Teilverzicht oder Neuschaffung von Organmacht, weder Ermächtigung noch Legitimationszession noch verweggenommene Mitwirkung der Gesamtvertretung. Die Ermächtigung soll ein Einzelhandeln eines Gesamtvertreters für die OHG ermöglichen, sie ist, wie das Wort "ermächtigen" besagt, Erteilung von Handlungsmacht. Diese Vertretungsmacht wird nicht von allen Gesellschaftern, sondern nur von den Organen der OHG geschaffen. Sie wird rechtsgeschäftlich erteilt und ist somit Bevollmächtigung¹⁷⁷⁾.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses findet ihre Stütze in der Regelung des Gesetzes selbst - der Vorschrift des § 125 Abs. 3 S. 2 HGB. Diese Norm bestimmt, daß die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften auch dann erteilt werden kann, wenn im Gesellschaftsvertrag eine "unechte" Gesamtvertretung, z.B. eine Gesamtvertretung zwischen einem Gesellschafter und mehreren nur gemeinschaftlich zur Vertretung berechtigten Prokuristen (Gesamtprokuristen), angeordnet ist¹⁷⁸⁾. Die dem einzelnen Gesamtprokuristen von seinen Mitvertretern, dem Gesellschafter und den übrigen Prokuristen, erteilte Ermächtigung zum Abschluß bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften für die OHG ist, da er nicht Inhaber von Organmacht sein oder

177) Im Ergebnis zustimmend Baumbach-Duden, § 125 Anm. 5c; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; wohl auch RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 18; Lehmann-Ring, HGB § 125 Rdn. 12; Ritter, § 125 Anm. 6; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm. 4a; RGRK-BGB § 181 Anm. 23; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2 b; Bartolomä, Vollmachten, S. 17; RG 80, 182, 81, 328.

178) Eine derartige Bestimmung im Gesellschaftsvertrage einer OHG ist zulässig. Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Anm. 6 A; Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 15; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler, Rdn. 22; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, S. 10. Zwar besagt der Wortlaut des § 125 Abs. 3 S. 1 HGB, daß eine Gesamtvertretung zwischen Gesellschaftern und einem Prokuristen im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden kann. Das Wort "Prokurist" meint aber den Einzel- wie den Gesamtprokuristen, vgl. Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2c m.w.N.

Organmacht ausüben kann, notwendig Vollmacht. Es ist nun aber nicht einzusehen, weshalb die gleiche, nicht dem Prokuristen, sondern dem mitvertretungsberechtigten Gesellschafter erteilte Ermächtigung nur wegen der Person des "Ermächtigten" rechtsdogmatisch als zusätzliche Schaffung, als Abänderung oder als Ausübung von Organmacht anzusehen sein soll. Dies gilt umso mehr, als es gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen widerspräche¹⁷⁹⁾, wenn - wie bei der unechten Gesamtvertretung - ein außenstehender Dritter als Prokurist die von allen Gesellschaftern im Gesellschaftsvertrage festgelegte Organmachtsgestaltung durch seine Mitwirkung an der Erteilung einer "Ermächtigung" im Sinne des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB abändern könnte.

Die Ermächtigung kann daher ihrem Entstehungstatbestand nach nur Vollmachtserteilung sein.

V. Die Rechtsnatur der durch die Ermächtigung geschaffenen Handlungsmacht

Nicht nur der Entstehungstatbestand, sondern auch die Rechtsnatur der gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB geschaffenen Handlungsmacht weist diese nicht als Organmacht, sondern als Vollmacht aus, weil ihr die für die Organmacht typische Ausgestaltung fehlt.

1. Der sachliche Umfang der Ermächtigung

Die Organmacht der OHG-Gesellschafter ist in sachlichem Umfang unbeschränkt und unbeschränkbar, insbesondere ist ihre Begrenzung auf bestimmte Geschäfte oder Arten von Geschäften - wie § 126 Abs. 2 2. Halbs. HGB dies bestimmt - Dritten gegenüber unwirksam.

179) Vgl. oben S. 55 und Fußn. 158.

Im Gegensatz hierzu läßt die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB die Ermächtigung einzelner gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter zur Vornahme bestimmter oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ausdrücklich zu. Bereits dieser formale Widerspruch im Regelungsgehalt der Normen legt den Schluß nahe, daß es sich um zwei rechtlich unterschiedlich einzuordnende Handlungsmachten handelt, denn es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz - gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB - die Schaffung einer sachlich eingeschränkten Organmacht hat zulassen wollen, deren Entstehung es in § 126 Abs. 2, 2. Halbs. HGB ausdrücklich ausschließt.

Aber nicht nur der formale, sondern der materielle Regelungsgehalt der angeführten Norm ist entscheidend und daher zu untersuchen. Die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB umfaßt zwei unterschiedliche Fälle sachlich beschränkten Einzelhandelns eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters:

1. Die Vornahme bestimmter Einzelgeschäfte,
2. die Vornahme bestimmter Arten von Geschäften.

Das Gesetz enthält keine Definition der Begriffe "bestimmte Rechtsgeschäfte" bzw. "bestimmte Arten" von Rechtsgeschäften, so daß zweifelhaft sein könnte, wie und wo die Grenzen der nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zulässigen Ermächtigung zu ziehen sind. Immerhin wird man aus der Erwähnung der beiden Begriffe "bestimmte Rechtsgeschäfte, bestimmte Arten von Rechtsgeschäften", folgern können, daß sie einen unterschiedlichen Regelungsgehalt haben und daher gegeneinander abgrenzbar sind.

Von einem bestimmten Rechtsgeschäft kann nur gesprochen werden, wenn die mit der Rechtshandlung erstrebten Rechtsfolgen im Einzelfall festgelegt sind.

Bestimmte Geschäfte i.S. von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB können daher nur

1. das Einzelgeschäft oder
2. eine Mehrzahl von Einzelgeschäften sein, die sämtlich in der Ermächtigung individualisiert werden. Kennzeichnend

ist dabei die konkrete Festlegung des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts in einem oder mehreren speziellen Einzelfällen; so z.B. die Ermächtigung zum Kauf einer Aktie der X-AG zum Tageskurs, die Ermächtigung zum Einzug einer oder mehrerer näher gekennzeichneten Kundenforderungen oder die Ermächtigung zur Empfangnahme einer Postsendung.

Abweichend hiervon und im Umfang weitergehender ist die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften die sowohl

1. die Ermächtigung zur Vornahme nur einer Art von Rechtsgeschäften
als auch
2. die Ermächtigung zur Vornahme mehrerer Arten von Rechtsgeschäften
umfaßt.

Anders als bei der Ermächtigung zur Durchführung bestimmter Rechtsgeschäfte ist hier der Geschäftsgegenstand in aller Regel ebenso wie die rechtliche Einwirkungsmöglichkeit nur abstrakt und für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen - also generell - bezeichnet. In Parallele zu den gebildeten Beispielsfällen könnte eine entsprechende Ermächtigung zur Vornahme von Börsengeschäften, Kassageschäften oder Postgeschäften¹⁸⁰⁾ schlechthin ausgestellt sein; denkbar wäre inso- weit auch, daß alle Rechtsgeschäfte, die einen konkreten Gegenstand - etwa ein Grundstück - oder eine wirtschaftliche Einheit von Gegenständen - etwa eine Niederlassung der OHG¹⁸¹⁾ - betreffen von einem ermächtigten Gesellschafter vorgenommen

180) Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; RGRK-Weipert § 125 Anm. 10; (Postvollmacht be-
jahend, RG 24, 28).

181) So RGRK-Fischer § 125 Anm. 23.

werden könnten.

Die aus der Begriffsbestimmung gewonnenen Abgrenzungskriterien - konkret, speziell und generell abstrakt - sind jedoch für die Festlegung der Grenzen einer nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zulässigen Ermächtigung nicht allein ausschlaggebend. Vielmehr müssen diese Abgrenzungsmerkmale in Bezug auf die im Gesellschaftsvertrage angeordnete Gesamtvertretung - und insbesondere ihre Schutzfunktion zu Gunsten der Gesellschafter - gesehen werden, an die § 125 Abs. 2 S. 2 HGB anknüpft.

Diese Norm enthält eine Entscheidung widerstreitender Gestaltungsprinzipien des Vertretungsrechts der OHG. Einerseits läßt das Gesetz eine Risikobeschränkung durch Anordnung wechselseitiger Vertreterkontrolle zu. Andererseits gestattet es den Gesamtvertretern, diese Schranke im gewissen Rahmen durch Erteilung von Ermächtigungen aufzuheben, um der Gesellschaft einen Teil der eingebüßten rechtsgeschäftlichen Beweglichkeit zurückzugeben und um ihr die aus einer Arbeitsteilung folgenden Vorteile - die Nutzung von besonderen Fachkenntnissen einzelner Gesamtvertreter auf bestimmten Sachgebieten - zu ermöglichen. Diese wertende Entscheidung des Gesetzes wirkt bestimmend für den Umfang der nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zulässigen Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte und bestimmter Arten von Rechtsgeschäften.

a) Die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte

Unter Berücksichtigung der in § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zum Ausdruck gekommenen Wertmaßstäbe ist die Ermächtigung zur Vornahme eines in allen Einzelheiten festgelegten Rechtsgeschäfts sicherlich unbedenklich¹⁸²⁾. Der Schutzfunktion der Gesamtvertretung ist durch die Beratung und Beschlußfassung, an der die zur Vertretung erforderliche Zahl von Gesamtvertretern mitwirken muß, genügend Rechnung getragen. Das abzuschließende

182) Vgl. Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 8.

Rechtsgeschäft ist optimal bestimmt.

Fraglich könnte nur sein, ob die Ermächtigung wegen der Schutzfunktion der Gesamtvertretung dann zu beanstanden ist, wenn sie zwar für ein einzelnes oder mehrere einzelne Rechtsgeschäfte erteilt wird, die nur rahmenmäßig festgelegt sind; z.B. wenn zum Kauf eines Firmenwagens, aber ohne Festlegung der besonderen Einzelbedingungen, insbesondere des Preises, ermächtigt wird. Hier könnte eingewendet werden, daß das vorzunehmende Rechtsgeschäft in seinen Risikogrenzen nicht mehr der Kontrolle der Mitvertreter unterliegt. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften zuläßt, bei denen eine genaue Bestimmung des erst in Zukunft vorzunehmenden Einzelgeschäfts im Zeitpunkt der Erteilung der Ermächtigung nicht möglich ist. Gestattet aber das Gesetz selbst einen Verzicht auf die Konkretisierung einer Vielzahl zukünftiger Einzelgeschäfte, so kann nur die rahmenmäßige Bestimmung eines einzigen Einzelgeschäfts hinsichtlich des Gegenstandes (Wagen)- und des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts (Kauf) aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung grundsätzlich nicht zu verneinen sein. Das Risiko eines ungünstigen Geschäftsabschlusses hat die OHG insoweit zu tragen, als der Abschluß auf der konkreten Entscheidung der gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter beruht. Die Ermächtigung zur Durchführung eines Einzelgeschäftes ist nur eine Verlagerung der Ausführung des Rechtsgeschäfts auf eine Einzelperson, dessen Durchführung dem Willen der für die Gesamtvertretung erforderlichen Zahl von Gesellschaftern entspricht.

Ob dieser Grundsatz aber einschränkungslos gilt, ist zweifelhaft, jedenfalls dann, wenn aufgrund einer nur rahmenmäßig festgelegten Ermächtigung zur Vornahme eines Einzelgeschäftes ein von der Ausgestaltung und vom Umfang her gesehen ungewöhnliches Einzelgeschäft, das noch vom Wortlaut der Ermächtigung gedeckt ist, vorgenommen wird. Um dies an einem Beispielsfall zu verdeutlichen:

Der gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter A wird von den Gesellschaftern B und C ermächtigt, für die Gesellschaft, die Nadeln und Stricknadeln herstellt, einen Firmenwagen zu kaufen, der baldmöglichst zur Belieferung der Kundschaft eingesetzt werden soll. A kauft aufgrund der Ermächtigung bei dem X-Werk einen 15 t LKW mit Kippladefläche, der für den Geschäftsbetrieb der OHG unbrauchbar ist und dessen Kaufpreis die Kapitalreserven der Firma übersteigt. Die OHG nähme, wenn sie das Geschäft gegen sich gelten lassen müßte, schweren Schaden.

Die schweren nachteiligen Folgen, die eine nur rahmenmäßig festgelegte Einzelermächtigung für die OHG haben kann und die dann, wenn mehrere Gesamtvertreter gemeinschaftlich gehandelt hätten, wahrscheinlich vermieden worden wären, nötigen dazu, gewisse objektive Schranken der Einzelermächtigung anzuerkennen. Neben den allgemeinen Schranken der §§ 134, 138 BGB, die eine Ermächtigung zur Vornahme sittenwidriger Rechtsgeschäfte nichtig machen, kommt hier eine Beschränkung der Ermächtigung auf den Geschäftsbetrieb und auf die im Geschäftsbetrieb gewöhnlichen Geschäfte in Betracht. So ist die Vollmacht, die von einem Einzelkaufmann zur Vornahme bestimmter oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften zum Betriebe seines Handelsgewerbes erteilt wird, auf betriebsbezogene, gewöhnliche Geschäfte beschränkt (§ 54 HGB). Ein außergewöhnliches Geschäft liegt dann vor, wenn nach den besonderen Verhältnissen des Unternehmens ungewöhnlich große Verpflichtungen oder besondere, in dem Geschäftszweig nicht übliche Bedingungen gewährt werden sollen¹⁸³⁾. Kraft Gesetzes zählen hierzu Grundstücksgeschäfte, Begründung von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen und die Prozeßführung.

Die OHG ist ein von mehreren Personen gemeinsam betriebenes Handelsgewerbe. Der ermächtigte Gesellschafter ist insofern einem Drittbevollmächtigten vergleichbar, als er aufgrund seiner im Gesellschaftsvertrag festgelegten Organmacht nicht

183) Vgl. Schlegelberger-Hildebrandt, § 54 Rdn. 2; RG 52, 89 RG JW 25, 1276; RG Recht 23 Nr. 762.

allein für die OHG handeln kann; er leitet seine Rechtsmacht zum Alleinhandeln von der OHG - für die ihre Organe handeln - also von einer Organisation ab, die wie ein Kaufmann behandelt wird (§ 6 HGB). Der Einzelkaufmann ebenso wie jeder einzelne Gesellschafter der OHG, der ein voll kaufmännisches Handelsgewerbe betreibt, ist in gleicher Weise schutzbedürftig. Auch das Interesse des Rechtsverkehrs, die in den Grenzen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs festgelegte Vertretungsmacht nur auf ihren Bestand, nicht aber auf ihren Umfang prüfen zu müssen, ist gegenüber dem alleinhandelnden gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter wie gegenüber einem Drittbevollmächtigten gleich groß. Es bestehen daher keine Bedenken, die gleichen Schranken, die für die Handlungsvollmacht gelten, auch für die Ermächtigung i.S. von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB für verbindlich zu erklären.

In der Literatur¹⁸⁴⁾ wird demgegenüber für die vergleichbare Lage bei der AG - § 71 Abs. 4 AktG a.F. - jetzt § 78 Abs. 4 a.F. - die entsprechende Anwendbarkeit des § 54 HGB auf die Ermächtigung, die einem gesamtvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied erteilt wird, abgelehnt. Zur Begründung wird ausgeführt, § 54 HGB passe nur für Handlungsgehilfen, über deren Vertretungsmacht das Handelsregister nichts aussage, und nicht für Vorstandsmitglieder, über deren Vertretungsmacht das Handelsregister Auskunft gebe. Diese Argumentation kann nicht überzeugen, denn gerade die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ist - worauf Hueck hinweist -¹⁸⁵⁾ weder eintragungsfähig noch eintragungspflichtig¹⁸⁶⁾. Wird aber der ermächtigte Gesamtvertreter hinsichtlich seiner Einzelhandlungsmacht gerade nicht durch

184) Schmidt-Meyer-Landrut, AktG § 71 Anm. 15.

185) Hueck, OHG, § 20 II 2 b.

186) Dies anerkennt auch Schmidt-Meyer-Landrut, AktG a.a.O. Anm. 15; vgl. im übrigen unten S. 79 und den Literaturnachweis Fußn. 200.

das Handelsregister legitimiert, so steht er insoweit einem Drittbevollmächtigten gleich. In beiden Fällen entspricht die Festlegung der Einzelhandlungsmacht auf gewöhnliche Geschäfte einem unabweisbaren Bedürfnis des Handelsverkehrs nach Legitimationserleichterung. Berücksichtigt man weiter, daß die Begrenzung des sachlichen Handlungsrahmens der Ermächtigung auch durch die Schutzfunktion der Gesamtvertretung erforderlich wird, so erscheint die entsprechende Anwendung von § 54 HGB geboten¹⁸⁷⁾.

Nun bedingt aber die Anwendung der Regelung von § 54 HGB auf die Ermächtigung nicht nur einen erhöhten Schutz gegen fehlerhaftes Einzelhandeln, in dem ein weiter oder nicht ausgefüllter Handlungsrahmen eingeengt wird. Es ist vielmehr auch denkbar, daß eine Erweiterung des Handlungsrahmens des ermächtigten Gesellschafters eintritt, etwa dann, wenn er zur Vornahme eines in allen Einzelheiten festgelegten Rechtsgeschäfts¹⁸⁸⁾ ermächtigt wird und in Abweichung von dieser Ermächtigung eine der OHG ungünstige - im übrigen aber geschäftsgewöhnliche - Nebenabrede vereinbart wird.

Wird der Gesamtvertreter A ermächtigt, einen bestimmten Kraftwagen zu festgelegtem Preis zu verkaufen und gewährt er den geschäftsüblichen Skontoabzug von 3% bei Barzahlung, so würde die Anwendung von § 54 HGB dazu führen, daß über die Ermächtigung hinaus Verbindlichkeiten begründet werden könnten. Damit würde zugleich die Schutzfunktion der Gesamtvertretung umgangen; das von dem Einzelvertreter im Rahmen des § 54 HGB vorgenommene Rechtsgeschäft führte zu einer Risikoerweiterung für die Gesellschafter, deren Übernahme weder von der Gesellschaftergesamtheit im Gesellschaftsvertrag noch von den er-

187) Baumbach-Duden, § 125 Anm. 5c; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer § 125 Anm. 2o; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 18; Hueck, OHG, § 2o II 2 b; zweifelnd RGRK-Weipert, § 125 Anm. 1o; RG 48, 56; 8o, 18o; RG JW 19oo, 663; RG OLGR 27, 375; KG HRR 29, Nr. 1924.

188) § 54 HGB ist grundsätzlich auch auf die Ermächtigung zur Vornahme eines Einzelgeschäfts anwendbar. Staub-Bondi, § 54 Anm. 16; Düringer-Hoeniger § 54 Anm. 3; RG Recht 582, ROHG 1, 252; 16, 131.

mächtigenden Gesellschaftern gewollt ist. Die Anwendung der Regelung des § 54 HGB auf die Ermächtigung zur Vornahme eines voll konkretisierten Einzelgeschäfts erscheint daher aus diesem Grunde unzulässig¹⁸⁹⁾.

Darüber hinaus muß aber zweifelhaft sein, ob § 54 HGB überhaupt anwendbar ist, wenn die Vollmacht bzw. Ermächtigung bereits die Festlegung des Rechtsgeschäfts in allen Einzelheiten enthält¹⁹⁰⁾. Die Regelung des § 54 HGB soll nach ihrem Sinngehalt einen durch die Bevollmächtigung geschaffenen Handlungsrahmen ausfüllen, und zwar unter Abwägung der Interessen des Vertretenen und des Geschäftspartners in der Weise, daß die Vollmacht zur Vornahme gewöhnlicher Rechtsgeschäfte als erteilt gilt. An einem solchen konkretisierungsbedürftigen Handlungsrahmen fehlt es aber, wenn das Rechtsgeschäft in der Ermächtigung in allen Einzelheiten bestimmt ist¹⁹¹⁾. Ist aber § 54 HGB auf die konkretisierte Einzelermächtigung nicht entsprechend anwendbar, so entfällt insoweit auch die doppelte Schutzfunktion der Norm zu Gunsten des Vertretenen, d.h. die Gesamtvertreter können auch eine Ermächtigung zur Vornahme eines ungewöhnlichen Rechtsgeschäfts erteilen und die Ermächtigung muß nicht notwendig betriebsbezogen sein; sie kann auch Rechtsgeschäfte umfassen, die z.B. im Privatbereich der Gesellschafter wirken (Schenkung an einen Gesellschafter).

Dieser Fortfall der Schutzfunktion ist vertretbar, weil für die Gesellschafter dadurch keine Risikoyerweiterung eintritt. Das Rechtsgeschäft, zu dessen Vornahme ermächtigt wird, ist den Gesamtvertretern in allen Einzelheiten bekannt, seine Risikogrenzen überschaubar. Die Ermächtigung enthält daher

189) Vgl. RGRK-Fischer § 125 Anm. 20.

190) Wieland, Handelsrecht § 32 I 1 c; Staub-Bondi, § 54 Anm. 16.

191) Vgl. Fußn. 190.

der Sache nach lediglich einen Verzicht auf die formale Mitwirkung bei der Vornahme einer einzelnen Rechtshandlung.

Der Begriff der Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte im Sinne von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB läßt sich daher wie folgt präzisieren. Er umfaßt das einzelne wie eine Mehrzahl konkreter Einzelgeschäfte, die rahmenmäßig oder in allen Einzelheiten - nach Gegenstand und rechtsgeschäftlicher Einwirkung im Einzelfall - festgelegt sein müssen. Ist die Bestimmung nur rahmenmäßig erfolgt, so wird die Ermächtigung dem Umfang nach - in entsprechender Anwendung von § 54 HGB - auf die im Gewerbebetrieb gewöhnlichen Rechtsgeschäfte zurückgeführt. Die Ermächtigung zur Vornahme eines im einzelnen festgelegten Rechtsgeschäfts kann auch dann wirksam erfolgen, wenn es nicht betriebsbezogen und nicht geschäftsgewöhnlich ist.

b) Die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften

Die Ermächtigung zur Vornahme einer bestimmten Art oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ist, von der Schutzfunktion der Gesamtvertretung her gesehen, besonders gefährlich, weil der Handlungsrahmen des Einzelhandelns eines Gesamtvertreters nur abstrakt und generell bestimmt ist. Die hierdurch übernommenen Risiken sind nur in vagen Grenzen kalkulierbar, so daß die Anerkennung immanenter Schranken der Ermächtigung geboten ist. Die gleichen Gründe, die bei der Erörterung der nur rahmenmäßig festgelegten Spezialermächtigung die Beschränkung der Ermächtigung auf gewöhnliche Geschäfte des Gewerbebetriebes rechtfertigen, gelten auch für die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter

Arten von Rechtsgeschäften¹⁹²⁾.

Zu ergänzen ist nur, daß die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften notwendig zum Betriebe des Handelsgewerbes erfolgen muß, weil eine entsprechend weitgehende Ermächtigung, die auch Rechtsgeschäfte umfaßt, die außerhalb des Geschäftsreichs liegen, gegen die Schutzfunktion der Gesamtvertretung verstieße. Danach sollen die Gesellschafter grundsätzlich gemeinschaftlich handeln. Eine Einzelhandlungsmacht der Gesamtvertreter ist nur deshalb zulässig, um der Gesellschaft einen Teil der eingebüßten rechtsgeschäftlichen Beweglichkeit zurückzugeben, derer sie im Handelsverkehr dringend bedarf, und um die besonderen Fachkenntnisse einzelner Gesamtvertreter für die OHG nutzbar zu machen. Beide Gründe, die eine Ausnahme vom gemeinschaftlichen Handeln rechtfertigen könnten, treffen aber dann nicht mehr zu, wenn der ermächtigte Gesamtvertreter außerhalb der betrieblichen Sphäre tätig werden soll.

Läßt sich die Schutzfunktion der Gesamtvertretung gegen ungewöhnliche Geschäfte, die von einem ermächtigten Gesamtvertreter vorgenommen werden können hinreichend verwirklichen, so bleibt gleichwohl die sachliche Grenze der Ermächtigung problematisch. Die Ermächtigung zur Vornahme nur abstrakt und genrell bestimmter Rechtsgeschäfte kann nicht dazu führen, daß einzelne Gesamtvertreter den gesamten Geschäftsbetrieb bzw. den wesentlichen Bereich geschäftlicher Tätigkeit für die OHG allein führen, denn sonst verliert die gesellschaftsvertragliche Anordnung der Gesamtvertretung ihren Sinn¹⁹³⁾. Die Gesamtver-

192) Baumbach-Duden § 125 Anm. 5c; Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer § 125 Anm. 2o; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 1o; Schlegelberger-Geßler § 125 Rdn. 18; Hueck, OHG, § 2o II 2 b; Westermann, Handbuch § 17 III 3 b Rdn. 4o8; RG 48, 56; 18o; RG JW 19oo, 663; KG OLG 27, 375; KG HRR 29 Nr. 1924.

193) RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; Hueck, OHG, § 2o II 2 b Westermann, Handbuch § 17 III 3 b Rdn. 2o8; RG 48, 56; RG JW 12, 526

tretung bedeutet Schutz vor dem Fehlgebrauch von Einzelhandlungsmacht durch wechselseitige Vertreterkontrolle. Diese Schutzfunktion muß in einem unantastbaren Kernbereich erhalten bleiben. Da nun der Geschäftsbetrieb verschiedener Handelsgesellschaften ganz unterschiedlichen Umfang haben kann, muß die Bestimmung der Grenzen der Ermächtigung zur Durchführung bestimmter Arten von Rechtsgeschäften notwendig in Bezug auf den gesamten Geschäftsbetrieb erfolgen. Dies soll an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Bei einer OHG, die als Familiengesellschaft eine Mühle betreibt, kann nicht der gesamte Geschäftsbetrieb der Mühle und die daraus folgende Vertretung im Wege der Ermächtigung nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB einem Gesamtvertreter überlassen werden, weil er sonst über eine Einzelhandlungsmacht verfügt, die ihm gerade von der Gesellschaftergesamtheit bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages versagt worden ist. Gehören zum Gewerbebetrieb einer OHG jedoch 5 Mühlenbetriebe, so ist die Ermächtigung eines Gesamtvertreters, einen Mühlenbetrieb für die OHG allein zu führen, grundsätzlich nicht zu beanstanden¹⁹⁴⁾, weil den übrigen Gesamtvertretern noch ein erheblicher Geschäftskreis zur eigenen Wahrnehmung verbleibt.

Bedenken gegen diese Abgrenzung der Ermächtigung könnten sich jedoch daraus ergeben, daß Dritten diese Schranke, die aus dem Geschäftsbetrieb selbst folgt, nicht ohne weiteres erkennbar ist¹⁹⁵⁾. Das Risiko möglicher Unwirksamkeit der Ermächtigung wird aber dadurch gemindert, daß die OHG sich auf diesen Mangel gutgläubigen Dritten gegenüber dann nicht berufen kann, wenn

194) Die Ermächtigung für alle Geschäfte einer Niederlassung wird zugelassen von RGRK-Fischer § 125 Anm. 23.

195) Vgl. hierzu auch RGRK-Fischer § 125 Anm. 20 und Fischer Anmerkung zu BGH LM zu § 35 GmbHG Nr. 3.

die Ermächtigung ihrem Inhalt nach zu keinerlei Zweifel an ihrer Wirksamkeit Anlaß gab. Insoweit wären die Grundsätze über die Anscheins- und Duldungsvollmacht heranzuziehen.

Aus dem Verbot, die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zu umgehen, folgt des weiteren, daß es unzulässig ist, einen Gesamtvertreter mit mehreren, nur der Art nach beschränkten Ermächtigungen auszustatten, die alle zusammengekommen die gesamte Geschäftsführung und Vertretung der OHG durch ihn ermöglichen. Auf die Unwirksamkeit der Ermächtigung wird sich die OHG gutgläubigen Dritten gegenüber aber nicht berufen können, wenn der ermächtigte Gesellschafter nur aufgrund einer der mehreren sachlich begrenzten Ermächtigungen tätig geworden ist, weil ihm gegenüber in zurechenbarer Weise der Rechtsschein wirksamer Ermächtigung gesetzt worden ist.

Zu erwägen ist schließlich noch, ob eine Aufteilung des gesamten Geschäftsbetriebs unter den Gesamtvertretern im Wege sachlich begrenzter Ermächtigung gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung zu beanstanden ist. Dabei fällt ins Gewicht, daß die Vertretung für ungewöhnliche Rechtsgeschäfte des Sachbereichs dem ermächtigten Gesellschafter nur im Einzelfall übertragen werden kann, so daß hier also ein Kernbereich rechtsgeschäftlicher Tätigkeit allen Gesellschaftern verbleibt. Da weiterhin keinem Gesamtvertreter die gesamte Vertretung der OHG zusteht und überdies die Zulässigkeit der Ermächtigung gerade die Nutzung spezieller Kenntnisse und Erfahrungen einzelner Gesellschafter auf verschiedenen Sachgebieten ermöglichen soll, dürften die von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gesetzten Risikogrenzen gewahrt sein¹⁹⁶⁾.

Der Begriff der Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften i.S. von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB kann daher näher bestimmt werden. Er umfaßt eine abstrakte, nach

196) Vgl. Hueck, OHG § 20 II 2 b.

Gegenstand und rechtlicher Einwirkung für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen festgelegte Handlungsmacht. Diese ist notwendig betriebsbezogen, d.h. sie umfaßt nur Rechtsgeschäfte, die gewöhnlich im Geschäftsbetrieb der OHG anfallen. Darüber hinaus ist die Ermächtigung auch insoweit betriebsbezogen, als sie nach den konkreten Umständen des Einzelfalles nicht die gesamte Geschäftsführung und Vertretung einem Gesamtvertreter einräumen darf.

c) Die Abgrenzung sachlichen Umfangs der Ermächtigung zur Organmacht. Die Untersuchung der Begriffe "bestimmtes Rechtsgeschäft, bestimmte Arten von Rechtsgeschäften", zu deren Vornahme ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter ermächtigt werden kann, bestätigt, daß die Normen des § 125 Abs. 2 S.2 HGB und des § 126 HGB ihrem materiellen Regelungsgehalt nach zwei unterschiedliche Handlungsmachten betreffen. Die Ermächtigung gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB kann nur für sachlich abgrenzbare Rechtsgeschäfte erteilt werden, die durch den Geschäftsgegenstand und die rechtliche Einwirkung auf den Gegenstand entweder speziell und konkret oder zumindest abstrakt und generell festgelegt sind, wo hingegen die gesellschaftlicherliche Organmacht in sachlichem Umfang unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Eine Unterscheidung zwischen gewöhnlichen betriebsbezogenen Geschäften und anderen, die für die Wirksamkeit der Ermächtigung - mit Ausnahme der inhaltlich in allen Einzelheiten bestimmten Einzelermächtigung - von entscheidender Bedeutung ist, kann bei der Organmacht nicht vorgenommen werden. Gleiches gilt von der Begrenzung der Ermächtigung für den Geschäftsbereich eines Betriebes, die nur dann zulässig ist, wenn dieser Betrieb nicht den wesentlichen Geschäftsbereich der OHG ausmacht; demgegenüber umfaßt die Organmacht grundsätzlich alle Rechtsgeschäfte des gesamten Geschäftsbereichs; ihre Beschränkung auf eine Niederlassung bedarf besonderer gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung.

Es läßt sich demnach feststellen, daß die Ermächtigung i.S. von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB wegen ihrer Beschränkung und ihrer Beschränkbarkeit im sachlichen Umfang nicht als Umgestaltung

oder als Neuschaffung von Organmacht angesehen werden kann. Vielmehr spricht diese inhaltliche Gestaltungsfreiheit für die rechtliche Einordnung als Bevollmächtigung.

2. Die Legitimation der Ermächtigung

Dem unterschiedlichen sachlichen Umfang beider Handlungsmachten - der Organmacht und der durch die Ermächtigung geschaffenen Handlungsmacht - entspricht auch ihre voneinander abweichende Legitimationswirkung. Während jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter durch die gesetzliche Regelung des § 126 HGB gegenüber jedem Dritten grundsätzlich in sachlich unbeschränktem Umfang legitimiert wird - eine Ausnahme besteht nur für die Beschränkung der Organmacht auf eine Niederlassung gem. § 126 Abs. 4 HGB - schafft die Ermächtigung eine im sachlichen Umfang unterschiedlich gestaltete Handlungsmacht, die niemals den Umfang der Organmacht erreichen kann. Hieraus folgt für Dritte, die mit der OHG durch einen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter kontrahieren wollen, die Notwendigkeit, den sachlichen Umfang der Ermächtigung, das Unterfallen des beabsichtigten Rechtsgeschäfts unter die Ermächtigung sowie die Wirksamkeit der Ermächtigung für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften an Hand des Umfangs des Geschäftsbetriebs zu prüfen, wenn sie nicht das Risiko möglicher Unwirksamkeit der vorzunehmenden Rechtshandlung eingehen wollen. Spiegelbildlich ergibt sich für den ermächtigten Gesellschafter, der eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung - z.B. Kündigung - für die OHG aussprechen will, eine entsprechende Legitimationspflicht, will er nicht das Risiko einer Zurückweisung der Erklärung gem. § 174 BGB eingehen¹⁹⁷⁾.

197) Die Vorschrift des § 174 BGB ist auf die Ermächtigung entweder unmittelbar oder entsprechend anwendbar, unabhängig davon, ob man in der Ermächtigung eine Bevollmächtigung sieht (RGRK-Weipert § 125 Anm. 10; Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 8) oder eine Umgestaltung von Organmacht (vgl. RGRK-Fischer § 125 Anm. 21).

Nun könnte daran gedacht werden, die Legitimation durch die Eintragung der Ermächtigung im Handelsregister zu erleichtern, um sie somit zugleich als Abänderung der Organmachtsgestaltung auszuweisen. Anknüpfend an die Regelung des § 125 Abs. 4 HGB, der die Eintragung der von der Einzelvertretung abweichenden Organmachtsgestaltung sowie jeder Änderung derselben vorschreibt, könnte auch die Ermächtigung gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB - als Organmachtsänderung aufgefaßt - nicht nur eintragungsfähig, sondern auch eintragungspflichtig sein¹⁹⁸⁾. Dem stehen allerdings zwei Bedenken entgegen:

Die Eintragung einer oder mehrerer Ermächtigungen, die zur Vornahme eines oder mehrerer Einzelgeschäfte erteilt werden, und die von allen Gesellschaftern zum Handelsregister angemeldet werden müßte, könnte wegen der hierfür erforderlichen Zeit in aller Regel erst erfolgen, wenn die Geschäfte bereits abgeschlossen sind. Eine Legitimationswirkung, die das Gesetz durch die Festlegung des sachlichen Umfanges der Organmacht als unbeschränkbar und durch Offenlegung der zulässigen Schranken - der Beschränkung der Organmacht auf die Niederlassung und der Anordnung der Gesamtvertretung - im Handelsregister erstrebt, kann in diesen Fällen nicht eintreten, wenn die Rechtsgeschäfte bereits vor der Eintragung der Ermächtigung abgeschlossen sind.

Eine Eintragung der von den Gesamtvertretern für einen einzelnen von ihnen geschaffenen Alleinhandlungsmacht könnte daher nur für die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften - die für längere Zeit in die Zukunft wirken soll - beachtlich sein¹⁹⁹⁾. Aber auch hier ergibt sich, daß durch die Eintragung nicht die der Organmacht eigene Legitimationswirkung erreicht werden kann. Die Schranken der Ermächtigung für bestimmte Arten von Rechtsgeschäften ergeben sich aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung und

198) Vgl. Fußn. 199.

199) So v. Godin-Wilhelmi, AktG § 71 Anm. 4 (a.F.) jetzt § 78 Anm. 12.

können nur von Fall zu Fall konkretisiert werden. Diese Schranken sind doppelter Art.

Zum einen beziehen sie sich auf die gewöhnlich im Gewerbebetrieb vorkommenden Rechtsgeschäfte. Welche Geschäfte gewöhnlich sind, kann aber im Handelsregister nicht eingetragen werden.

Zum anderen ist die Ermächtigung nur dann wirksam, wenn sie nicht nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls die Wahrnehmung des gesamten Geschäftsbereichs der OHG und eine entsprechende Vertretung der OHG ermöglicht. Diese Schranke ist ebenfalls nicht eintragungsfähig.

Die Eintragung der Ermächtigung führt daher, anders als die der Organmachtsgestaltung, zu keiner vollständigen Legitimation des handelnden Gesellschafters, weil die Handlungsmacht nach Umfang und Bestand unsicher bleibt. Zutreffend geht die h.M.²⁰⁰⁾ daher davon aus, daß die nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB erteilte Ermächtigung nicht eintragungsfähig ist. Auch dieser entscheidende Unterschied in der Legitimationswirkung spricht dafür, daß die kraft Ermächtigung entstandene Handlungsmacht keine Organmacht ist, sondern Vollmacht.

3. Die Widerrufsgestaltung der Ermächtigung

Abgesehen vom sachlichen Handlungsrahmen und der damit verbundenen fehlenden Legitimationswirkung weist die gem. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB geschaffene Alleinhandlungsmacht eine weitere Besonderheit auf. Sie ist - anders als die Organmacht - grundsätzlich jederzeit frei widerruflich²⁰¹⁾. Dies folgt daraus,

200) Baumbach-Duden, HGB § 125 Anm. 7; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 18; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 16; Schlegelberger-Geßler, § 125 VI B 1, Rdn. 27; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 27; Westermann, Handbuch, § 17 V, Rdn. 213; KGJ 29 A, 213; KG DJZ 1905, 316; Hueck, OHG, § 20 II 3, S. 209.

201) Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 17; Westermann, Handbuch § 17 II 3 Rdn. 208; Hueck, OHG § 20 II b; RGRK-Fischer § 125 Anm. 22; einschränkend Weipert, der eine entsprechende Anwendung von § 127 HGB für möglich hält.

daß die Ermächtigung nicht durch alle Gesellschafter im Rahmen der Gesellschaftsorganisation erteilt ist und damit auch nicht den Bestandsgarantien der Risikogemeinschaft unterliegt.

Aber die frei widerrufliche Erteilung der Ermächtigung ist nicht nur zulässig, sondern - mit Ausnahme des festgelegten Einzelgeschäfts, zu dessen Vornahme unwiderruflich ermächtigt wird - sogar zwingend geboten. Die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ist eine vom Gesetz zugelassene Ausnahme vom Gebot gemeinschaftlichen Handelns, das in der Anordnung der Gesamtvertretung liegt. Da die Gesamtvertretung Teil der Gesellschaftsorganisation ist, erstreckt sich ihre Schutzfunktion notwendig auch auf die aus der Organmacht abgeleitete Handlungsmacht eines Gesamtvertreters. Das bedeutet aber, daß einzelne Geschäfte oder Arten von Geschäften nicht ohne jede Kontrollmöglichkeit - mit Ausnahme des Widerrufs aus wichtigem Grund - einem einzelnen Gesamtvertreter überlassen werden dürfen. Für einzelne konkrete Rechtsgeschäfte mag eine unwiderrufliche Ermächtigung deshalb zulässig sein, weil die Kontrollfunktion der Gesamtvertretung dadurch gewahrt ist, daß sämtliche Gesamtvertreter bei der Erteilung der Ermächtigung das Geschäft und seine Risiken prüfen können. Bei der Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ist diese Kontrolle im Vorhinein nicht möglich. Sie muß daher durch den jederzeitigen Kontrollzugriff im Wege des Widerrufs sichergestellt werden. Ist aber die Ermächtigung zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften widerruflich²⁰²⁾, was im übrigen auch von den Autoren anerkannt wird²⁰³⁾, die in der Ermächtigung eine Schaffung von Einzelorganmacht sehen, so ist sie gerade in diesem Punkte der durch den Gesellschaftsvertrag geschaffenen Organmacht nicht vergleichbar.

202) Vgl. oben S. 79 Fußn. 201.

203) RGRK-Fischer, § 125 Anm. 22; Hachenburg-Schilling, GmbHG § 35 Anm. 17; Schmidt-Meyer-Landrut AktG (a.F.) § 71 Anm. 16.

Die Ermächtigung ist daher auch wegen der Rechtsnatur der geschaffenen Handlungsmacht Bevollmächtigung²⁰⁴⁾.

E. Zwischenergebnis

Die Ausübung der den Gesamtvertretern der OHG zustehenden Organmacht ist im Interesse des Rechtsverkehrs vom Gesetz in den §§ 125-127 HGB abschließend festgelegt. Die einzige Vorschrift, die die Schaffung von Einzelhandlungsmacht durch die Gesamtvertreter für einen einzelnen von ihnen zulassen könnte, ist ihrer Rechtsnatur nach Erteilung von Vollmacht. Es kann auch nicht angenommen werden, daß das Gesetz, ohne ausdrückliche Anordnung konkludent die Schaffung von Einzelorganmacht durch die Gesamtvertreter hat zulassen wollen. Ihre Anerkennung liefe nicht nur den Gestaltungsgrundsätzen des Gesetzes - dem Schutz des Rechtsverkehrs - zuwider, sondern würde auch die Regelung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB überflüssig machen, weil den Gesamtvertretern insoweit keine Handlungsmöglichkeiten eröffnet werden könnten, die sie nicht schon aufgrund ihrer Organmacht hätten. Die Schaffung von Einzelorganmacht durch die Gesamtvertreter verstieße auch gegen den Grundsatz der Selbstorganisation der OHG, der - im Gesetz in § 125 Abs. 2 S. 1 HGB verankert - den Gesellschaftern die Möglichkeit gibt, sich gegen die Gefahren des Einzelhandelns durch Anordnung der Gesamtvertretung zu schützen.

Die Ausübung der Organmacht durch die Gesamtvertreter kann mithin nur in der Weise erfolgen, daß sie entweder gleichzeitig²⁰⁵⁾ oder nacheinander an der Vornahme einzelner Rechts-

204) Dazu Baumbach-Duden § 125 Anm. 5c; Düringer § 125 Anm.8; auch RGRK-Weipert § 125 Anm. 10; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV. 4, Rdn. 18; Lehmann-Ring, § 125 Rdn.12; Ritter, § 125 Anm. 6; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm. 4, 1; RGRK-BGB, § 181 Anm. 23; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b; Bartolomä, Vollmachten, S. 17; Hill, Vertretungsmacht S.38 RG 80, 182, 81, 328.

205) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Anm. 5 A; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 23; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 14; Westermann, Handbuch § 17 II 3a; Rdn. 207; Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung S. 16 f, bezeichnet diese Ausübungsform der Gesamtvertretung als "normale Ausübung"; RG 81, 325.

geschäfte mitwirken²⁰⁶⁾). Die zeitlich nacheinander handelnden Gesamtvertreter müssen dabei erkennbar machen, daß sie in Ausübung ihrer Organmacht handeln, d.h. daß nicht ihre Einzelerklärung, sondern erst die Summe aller Erklärungen der Gesamtvertreter die Willenserklärung der OHG darstellt. Tun sie dies nicht, so gerieren sie sich wie ein Bevollmächtigter der OHG und müssen, falls ihr Handeln nicht genehmigt wird, die Folgen ihres Handelns als Vertreter ohne Vertretungsmacht tragen.

F. Überleitung

Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht für einen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter ist daher nur als Bevollmächtigung denkbar. Ausgehend von der gesetzlichen Regelung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, der die Schaffung von Einzelhandlungsmacht nur für bestimmte oder bestimmte Arten von Geschäften zuläßt, ist zu fragen, ob einem Gesamtvertreter auch eine weitergehende Vollmacht - etwa eine Prokura oder Generalvollmacht - erteilt werden kann, um die Handlungsfähigkeit der OHG in vollem Umfang auch dann sicherzustellen, wenn einzelne Gesamtvertreter an der Ausübung der Organmacht verhindert sind. Weiter wäre zu untersuchen, ob und in welchem Umfang der Vollmachtswiderruf ausgeschlossen oder beschränkt werden kann.

Bei der Beantwortung dieser Fragen ist zu berücksichtigen, daß § 125 Abs. 2 S. 2 HGB dem Wortlaut nach zwei unterschiedliche Fälle der Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters regeln könnte, nämlich die Bevollmächtigung durch die OHG, d.h. durch alle Gesamtvertreter, einschließlich des Bevollmächtigten, der damit an

206) Westermann, Handbuch, § 17 III 3a; Rdn. 207; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b, S. 207; Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 16 f; Baumbach-Lauterbach, § 125 Anm. 5 A; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 7; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 23; Schlegelberger-Geßler, § 125 A 3; Rdn. 14; RG 81, 325. Diese Ausübungsform der Gesamtvertretung ist nur ausgeschlossen, wenn besondere gesetzliche Vorschriften die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien vorschreiben. Beispiel hierfür ist die Regelung von § 925 BGB. Vgl. Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 7; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 23; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 3, Rdn. 14; Westermann, Handbuch, § 17 III 3a; Rdn. 207; Schwörer, Ausübung a.a.O., S. 20/21.

an seiner Vollmachtserteilung mitwirkt²⁰⁷⁾, und die Bevollmächtigung durch die einzelnen Mitvertreter²⁰⁸⁾. Beide Möglichkeiten zur Schaffung einer Generalvollmacht oder Prokura die auch unwiderruflich erteilt werden könnte, sollen im folgenden geprüft werden.

D R I T T E R T E I L

S c h a f f u n g v o n E i n z e l h a n d l u n g s m a c h t
d u r c h d i e g e s a m t v e r t r e t u n g s b e r e c h t i g -
t e n G e s e l l s c h a f t e r f ü r e i n e n e i n -
z e l n e n v o n i h n e n a l s B e v o l l m ä c h t i -
g u n g d u r c h d i e O H G

A. Die freiwiderrufliche Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters

I. Die allgemeine Zulässigkeit der Bevollmächtigung gem. § 126 HGB

Der sachliche Umfang der Vertretungsmacht der OHG-Gesellschafter ist gem. § 126 HGB unbeschränkt und unbeschränkbar. Aus dieser Allzuständigkeit der Gesellschafter zum Handeln für die OHG und

207) Baumbach-Duden, § 125 Anm. 50; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; wohl auch RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 4, Rdn.18; Lehmann-Ring, HGB, § 125 Rdn.12; Ritter, § 125 Anm. 6; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm. 4; RGRK-BGB, § 181 Anm. 23; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b; Bartolomä, Vollmachten, S. 17 RG 80, 182, RG 81, 328.

208) Dazu Baumbach-Duden, § 125 Bem. 5a; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 10; Hachenburg-Ring, GmbH § 35, Rdn. 24; Vogel, GmbH § 35 Anm. Liebmann-Saenger, GmbH § 35 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler § 125 Rdn. 19; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Vogel, GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; Gierke, Handelsrecht, S. 133, 134; Buchwald, Die Gesamtvertretung bei der GmbH, GmbH-Rundschau, 60, 180 (181); Feine in Ehrenbergs Handbuch Bd. III S. 489; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2 b; S. 207; Jung, Gesamtvertretung und Gesamtvollmacht, S. 69; Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 406; Wieland, Handelsrecht Bd. I, S. 597; BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

aus der Unmöglichkeit, jedes Rechtsgeschäft für die Handelsgesellschaft selbst vornehmen zu können, folgt, daß die Organmacht auch die Macht und das Recht umfaßt, für die Gesellschaft Vertreter zu bestellen²⁰⁹⁾. Der sachliche Umfang der so für die OHG von vertretungsberechtigten Gesellschaftern erteilten Vollmachten kann unterschiedlich sein, er kann sich auf bestimmte Arten von Geschäften (Geschäftsbereichsvollmacht), auf bestimmte Rechtsgeschäfte (Spezialvollmacht), aber auch generell auf alle Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb der OHG mit sich bringt (Prokura) erstrecken²¹⁰⁾. Über den sachlichen Handlungsrahmen der Prokura hinaus wird von der herrschenden Meinung²¹¹⁾ heute auch die Erteilung einer Generalvollmacht an gesellschaftsfremde Dritte zugelassen. Ganz unbedenklich ist dies freilich nicht. Die OHG ist ein auf die Gesellschafterperson zugeschnittener Haftungs- und Risikoverband (§ 128 HGB), der wegen seiner personenorientierten Struktur die Ausstattung von gesellschaftsfremden

209) In der Literatur wird teilweise (vgl. Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 29 im Anschluß an Fülster, Die rechtliche Natur der Untervollmacht, S. 60, 61) die Macht von Vertretern zur Bestellung von Vertretern als neben der Vertretungsmacht stehende Rechtsmacht - als Substitutionsmacht - begriffen. Das Gesetz selbst nimmt aber in § 126 HGB diese Differenzierung nicht vor, geht vielmehr insoweit erkennbar von der Allzuständigkeit der Organe aus.

210) Vgl. hierzu Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b; diese Verfasser vertreten die Meinung, daß die Gesellschafter wie jeden Dritten, so auch einen von ihnen mit Sondervollmachten ausstatten können.

211) Vgl. Brand, § 125 Anm. 2 d; Schlegelberger-Geßler, § 125 IV A 5 Rdn. 19; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RG JW 1923, 121; LG Bochum, DNotZ 65, 308; BGH JZ 62, 362; für die gleichliegende Problematik bei der GmbH: Groschuff, GmbH Ges. § 35 Anm. 1; Vogel, GmbH Ges. § 35 Anm. 8; Patschovsky, DR 1943, 607 a.A. Hachenburg-Schilling, § 35 Anm. 7; für die AG bejahend, Schmidt-Meyer-Landrut, AktG § 74 Anm. 8.

Dritten mit einer Vertretungsmacht, die der gesetzlich in §§ 125-127 HGB gestalteten Handlungsmacht eines Gesellschafters gleichsteht, verbietet²¹²⁾. Allein in der Erteilung einer Generalvollmacht an einen gesellschaftsfremden Dritten wird man aber nicht die Schaffung einer "Organstellung" bzw. eine Umgehung des Verbotes der Drittorganschaft sehen können, weil sie ihrem Wesen nach eine abhängige Vertretungsmacht ist, die an den Bestands- und Legitimationsgarantien der Organmacht vertretungsberechtigter Gesellschafter nicht teilhat.

So ist die Generalvollmacht im Unterschied zu § 127 HGB in der Regel widerruflich, entgegen § 125 Abs. 4 HGB nicht eintragungsfähig, womit die Legitimationsfunktion, die mit der Vertretungsmacht der Gesellschafter verbunden ist, entfällt. Auch in sachlichem Umfang ist die Generalvollmacht zumindest insoweit begrenzt, als sie nicht die Rechtsmacht zu ihrem Widerruf umfaßt. Sie verbleibt vielmehr den Gesellschaftervertretern. Diese Unterschiede rechtfertigen es, eine Gleichstellung von Einzelorganmacht und Generalvollmacht zu verneinen. Das Ergebnis wird gestützt durch die Überlegung, daß der Unterschied im sachlichen Handlungsrahmen zwischen der vom Gesetz in § 126 Abs. 1 HGB zugelassenen Prokura und der Generalvollmacht, die einem Dritten erteilt wird, sehr gering ist, jedenfalls dann, wenn die Prokura (gem. § 49 Abs. 2 HGB) auch die Vertretungsmacht zur Veräußerung und

212) Der Grundsatz der Selbstorganschaft und dementsprechend das Verbot der Drittorganschaft: Westermann, Handbuch § 13 III 2, Rdn. 149; Hueck, Recht der OHG, § 20 I a FuBn. 1; Baumbach-Duden, § 125 Bem. 1 C; Schlegelberger-Geßler, § 125 Anm. 11; RGRK-Weipert, § 125 Bem. 4; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 4; Buchwald, Nichtgesellschafter als Geschäftsführer bei der OHG und KG, DB 1957, 109; BGH 26, 330 (333); 33, 105 (108); 41, 367 (369), schließt nicht nur die Schaffung organschaftlicher Vertretungsmacht für Nichtgesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag aus, sondern auch die Erteilung von Vollmachten, die in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung der im Gesetz festgelegten Vertretungsmacht der Gesellschafter entsprechen (vgl. BGH JZ 62, 362). Die an die personenrechtliche Struktur der OHG anknüpfende Vertretungsgestaltung des Gesetzes soll nicht umgangen werden die Wechselbezüglichkeit von Organmacht (§§ 125-127 HGB) und Haftung (§ 128 HGB) erhalten bleiben.

Belastung von Grundstücken etc. umfaßt²¹³⁾.

Im Ergebnis ist daher mit der herrschenden Meinung²¹⁴⁾ davon auszugehen, daß die Erteilung von Generalvollmacht an gesellschaftsfremde Dritte gem. § 126 HGB zulässig ist.

Hinsichtlich des Personenkreises, dem nach § 126 Abs. 1 HGB von den gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern eine Vollmacht, - gleich welchen sachlichen Umfangs diese hat, - erteilt werden kann, trifft das Gesetz keine ausdrückliche Regelung oder Einschränkung. Denkbar wäre daher, daß die Gesamtvertreter nicht nur Dritte, sondern auch Gesellschafter, insbesondere einzelne ihrer Mitvertreter, gem. § 126 HGB bevollmächtigen²¹⁵⁾.

II. Einschränkung der Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters gem. § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB

Hiergegen wird vereinzelt in der Literatur eingewandt, § 125 Abs. 2 S. 2 HGB sei als Verbotsnorm zu werten, die eine über den gesetzlich festgelegten Handlungsrahmen hinausgehende Bevollmächtigung nicht zuläßt²¹⁶⁾. Die Gesamtvertreter der OHG seien - so wird argumentiert - auch ohne die Regelung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB in der Lage, wie jedem Dritten, so auch einem einzelnen von ihnen eine Vollmacht beliebigen Umfangs zu erteilen. Das Verbot des Selbstkontrahierens gem. § 181 BGB stehe der Mitwirkung eines Gesamtvertreters an

213) Eine Abweichung besteht z.B. insoweit, als die Generalvollmacht, nicht jedoch die Prokura, auch die Erteilung und den Widerruf von Prokura ermöglicht und als der Generalbevollmächtigte, nicht jedoch der Prokurist, das Handelsgeschäft veräußern kann. (Vgl. Baumbach-Duden § 49 Anm. 1 A; RGRK-Würdinger § 49 Anm. 3; Schlegelberger-Hildebrandt § 49 Rdn. 2; RG Recht 23 Nr. 908; BGH BB 65, 1373.

214) Vgl. oben Fußn. 211.

215) Die Gesellschafter können wie jedem Dritten, so auch einen von ihnen mit einer Sondervollmacht ausstatten, so RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 18; Düringer-Flechtheim § 125 Anm. 8; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b.

216) Markower, § 125 Anm. III b 1.

seiner Bevollmächtigung nicht entgegen²¹⁷⁾. Um die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB nicht für überflüssig erklären zu müssen, sei ihre Bedeutung in der Einschränkung der an sich unbeschränkten Substitutionsmacht der Gesamtvertreter zu sehen²¹⁸⁾.

Die vorgetragenen Begründungen vermögen jedoch die dargelegte Auffassung nicht zu stützen. Die Annahme, § 181 BGB erfasse nicht die Mitwirkung eines Gesamtvertreters bei seiner Bevollmächtigung, ist unzutreffend; § 181 BGB bestimmt, daß ein Vertreter nicht im Namen des Vertretenen, mit sich selbst im eigenen Namen handelnd, Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Die Vorschrift gilt auch für gesetzliche Vertreter und Organe und findet nicht nur auf zweiseitige, sondern auch auf einseitige, empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte Anwendung²¹⁹⁾. Die Vollmacht ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 167 BGB). Soweit sie von den Gesamtvertretern einem einzelnen von ihnen erteilt wird, wirkt der Gesamtvertreter an dem Rechtsgeschäft sowohl als Vertreter der OHG als auch als Erklärungsempfänger (im eigenen Namen) mit. Da die Bevollmächtigung eines Gesellschafters nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt, andererseits keine ausdrückliche oder konkludente Gestattung des Insichgeschäftes im Recht der OHG ersichtlich ist, bestünde das in § 181 BGB aufgestellte Verbot des Selbstkontrahierens, wenn nicht § 125

217) Scholz, GmbHG § 35 Rdn. 24; Teichmann-Köhler, AktR § 71 Anm. 2 b; RG 48, 58.

218) Markower, § 125 Anm. III b 1.

219) Palandt-Danckelmann, BGB Komm. § 181 Anm. 2; Erman-Böhle-Stamschräder, § 181 Anm. 2; Staudinger-Coing, § 181 Rdn. 7; Soergel-Schultze-v.Lassaulx § 181 Rdn. 14 und 19; RG 143, 350 (352); BGH NJW 1960, 2285.

S. 2 HGB hier Abhilfe geschaffen hätte. Hierin liegt die erste Bedeutung der Norm: Sie läßt eine Mitwirkung des Gesamtvertreters bei seiner Bevollmächtigung ausdrücklich zu und überwindet damit das sich aus § 181 BGB ergebende Hindernis²²⁰⁾. Die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB ist daher nicht überflüssig, wenn sie nicht als Verbotsnorm begriffen wird.

III. Die Einschränkung der Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters durch das Verbot, die organschaftliche Gesamtvertretung zu umgehen

Von Weipert²²¹⁾ wird die Ansicht, § 125 Abs. 2 S. 2 HGB verbiete die Erteilung von Prokura und Generalvollmacht an die Gesamtvertreter, damit begründet, daß die Vorschrift im Interesse der Gesellschaft an gesteigerter rechtsgeschäftlicher Beweglichkeit, nicht aber im Interesse der Gesamtvertreter erlassen sei. Von der grundsätzlich gegebenen Rechtsmacht der Gesamtvertreter, einzelne von ihnen zu bevollmächtigen, könne daher nur Gebrauch gemacht werden, soweit dies im Interesse der OHG liege. Eine allgemeine Einzelhandlungsmacht für Gesamtvertreter, d.h. Prokura oder Generalvollmacht, berücksichtige ausschließlich die Interessen des oder der organschaftlichen Vertreter, nicht aber die der

220) Denkschrift zum HGB S. 91; Baumbach-Duden, § 125 Anm. 50; Palandt-Danckelmann, BGB-Komm. § 181 Anm. 4; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 8; Lehmann-Ring, § 125 Rdn. 12; RGRK-BGB, § 181 Anm. 23; Ritter, § 125 Anm. 6; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 18; Schlegelberger-Quassowski, AktR Kom. § 71 Rdn. 21; Bartolomé, Vollmachten, S. 17; Hueck, Recht der OHG, S. 205; Würdinger, Gesellschaften S. 122; Hill, Vertretungsmacht S. 38; RG 80, 182; RG 81, 328.

221) RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10.

Gesellschaft und sei daher nicht statthaft. Ähnlich argumentiert die h.M.²²²⁾, die in der Erteilung von Prokura oder Generalvollmacht an Gesamtvertreter eine Umgehung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung sieht. Dieser Argumentation ist, soweit sie die Bedeutung der Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB an Hand der Interessenwertung ermitteln will zuzustimmen.

Der gesetzlichen Regelung der Organmacht liegt eine bestimmte Interessenwertung zugrunde. Diese Interessenwertung und die durch sie gesetzten Wertmaßstäbe sind aber nicht ohne weiteres auch für die abgeleitete Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter verbindlich. Man wird aber davon auszugehen haben, daß die gesetzlichen Wertmaßstäbe, soweit sie eine Schutzfunktion zugunsten bestimmter Interessen- und Personengruppen verfolgen, nicht durch die besondere Ausgestaltung der abgeleiteten Vertretungsmacht umgangen werden können²²³⁾. Auch die den einzelnen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern erteilte Vollmacht darf daher nicht gegen die Wertmaßstäbe verstoßen, die der Organmachtsgestaltung zugrunde liegen. Dabei ist wiederum der Dualismus zwischen gesetzlicher Rahmenregelung und der Ausfüllung dieser Rahmenregelung durch den Gesellschaftsvertrag zu beachten.

Auf die Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters bezogen bedeutet es zweierlei:

-
- 222) Brand, § 125 Anm. 3 f. cc; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 18; Neufeld-Schwarz § 125 Anm. 5; Staub, § 125 Anm. 4; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b, S. 205; Baumbach-Hueck, GmbHG § 35 Anm. 5 II A; Liebmann-Sänger, GmbHG § 35 Anm. 11; Scholz, GmbHG § 35 Rdn. 19; Vogel, GmbHG § 35 Anm. 8; Lindekugel-Gesamtvollmacht S. 31; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 209, Fußn. 74; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdn. 208; RG JW 1912, 526 (527); RG Recht 1928, Nr. 2276; RG in GmbH Rspr. II zu § 35 Nr. 44; BGH WM 60, 1227; BGH GmbH-Rundschau 61, 29.
- 223) So für die Schutzfunktion organschaftlicher Gesamtvertretungsmacht zugunsten der Gesellschaft, die nicht durch besondere Ausgestaltung der einem Gesamtvertreter erteilten Einzelvollmacht umgangen werden kann, die ganz überwiegende Lehre und die Rechtsprechung (vgl. dazu Fußn. 222).

1. Die vom Gesetz zugelassenen und im Gesellschaftsvertrag angeordnete Gesamtvertretung, die ein Alleinhandeln eines Gesamtvertreters als Organ ausschließt, darf nicht umgangen werden und
2. die durch die Ausgestaltung der Organmacht im Gesetz geschützten Verkehrsinteressen dürfen nicht durch die Bevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter beeinträchtigt werden.

Unter Anwendung dieser Wertmaßstäbe des Gesetzes ist daher die Frage zu entscheiden, ob eine Bevollmächtigung eines Gesellschafters auch über den in § 125 Abs. 2 S. 2 HGB abgegrenzten Handlungsrahmen hinaus zulässig ist.

1. Die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten der Gesellschaftergesamtheit

Die auf dem Gesellschaftsvertrag beruhende Organmachtsgestaltung - als Gesamtvertretung - läßt ein Einzelhandeln eines Organwalters als Ausübung der Organmacht nicht zu²²⁴⁾. Sie schützt alle Gesellschafter, die für die Verbindlichkeiten, die für die OHG begründet werden, persönlich einstehen müssen (§ 128 HGB), gegen die nachteiligen Folgen über-eilter Geschäftsabschlüsse und bewußten Mißbrauch der Organmacht durch einzelne vertretungsberechtigte Gesellschafter²²⁵⁾. Diese im Gesellschaftsvertrag verankerte Schutzfunktion führt nicht nur zu einer Beschränkung in der Ausübung der Organmacht, wie Weipert²²⁶⁾ annimmt, der eine generelle Bevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter gem. § 126 HGB nur deshalb verneint, weil § 125 Abs. 2 S. 2 HGB insoweit Grenzen setze. Die Anordnung der Gesamtvertretung ist nur sinnvoll,

224) Vgl. oben S. 81, 82.

225) Jung, Gesamtvertretung, S. 25 f. m.w.N.; Brodmann, GmbH § 35 Bem. 2 c;

226) RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10.

wenn sie gegen jedes rechtsgeschäftliche Einzelhandeln einzelner Gesamtvertreter für die OHG wirkt. Es wäre widersinnig, das Risiko aus dem Organhandeln einzuschränken und gleichzeitig dem Organwalter zu gestatten, diese Schranke im Einverständnis mit seinen Mitvertretern ohne jede Einschränkung zu beseitigen. Von der Haftungsfolge für die einzelnen Gesellschafter her gesehen ist es ohne Belang, ob ungünstige Rechtsgeschäfte kraft Vollmacht oder aufgrund von Organmacht von einem Gesamtvertreter allein abgeschlossen werden können. Aus der Anordnung der Gesamtvertretung für die OHG läßt sich daher folgern, daß jede Bevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter, die ein Alleinhandeln für die OHG ermöglicht, grundsätzlich ausgeschlossen ist²²⁷⁾.

Die Funktion der Ermächtigungsnorm des § 125 Abs.2 S. 2 HGB läßt sich damit näher präzisieren: Sie ist eine Ausnahmeregelung im Interesse rechtsgeschäftlicher Aktionsfähigkeit der Gesellschaft, die das von allen Gesellschaftern gesetzte Verbot des Einzelhandelns in sachlich begrenztem Umfang unter Mitwirkung der Mitvertreter aufhebbar gestaltet²²⁸⁾; die Erteilung einer Einzelvollmacht wird durch die Norm erst möglich. Eine über den Normbereich hinausgehende Bevollmächtigung einzelner Ge-

227) So Schwoerer, Ausübung der Gesamtvertretung, S. 50; Staub, § 125 Anm. 4; Schmidt-Meyer-Landrut, AktR § 71a.F. Anm. 18; ähnlich BGH, GmbH-Rundschau 61, 29 unter Bezugnahme auf BGH WM 60, 1227, der eine Generalbevollmächtigung eines Gesamtvertreters mit dem Hinweis ablehnt, die Schutzfunktion der Gesamtvertretung könne nicht von den Gesamtvertretern über den Umfang von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB hinaus geändert werden.

228) Vgl. Fußn. 227 und Hill, Vertretungsmacht, S. 37 f.

samtvertreter ist daher ausgeschlossen²²⁹⁾.

Gegen diese Begründung der Funktion des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB könnte eingewandt werden, daß der Schutz der Gesamtvertretung notwendig dort ende, wo sich die Gesamtvertreter einig seien²³⁰⁾. Es könne, so ließe sich argumentieren - keinen Unterschied machen, ob die Gesamtvertreter einander bei jedem Rechtsgeschäft ohne nähere Prüfung zustimmten, mit der Folge, daß die einzelnen Gesamtvertreter de facto Einzelhandlungsmacht ausübten, oder ob sie Prokura oder Generalvollmacht erteilten.

Dieser Einwand hält einer näheren Prüfung nicht stand. Der Schutz der Gesamtvertretung reicht weiter, als angenommen wird. Er ist nicht nur materieller, sondern auch formeller Natur. Dies zeigt sich deutlich bei der Verhinderung einzelner Gesamtvertreter; nicht nur die Einigkeit mit dem Mitvertreter in der Sache, sondern auch die Möglichkeit, dieser Einigkeit Ausdruck zu verleihen, gehören zur Schutzfunktion. Der Gesamtvertreter kann ohne seinen Mitvertreter nicht handeln, der ermächtigte Gesamtvertreter wäre aber hierzu in der Lage. Auch kann der einzelne Gesamtvertreter die von allen Gesamtvertretern geschaffene Vertretungsmacht nicht allein, sondern nur mit den

229) So im Ergebnis: Brand, § 125 3 f cc; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 18; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 5; Staub, § 125 Anm. 4; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2b, S. 205; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften, Rdn. 208; Baumbach-Hueck, GmbH § 35 Anm. 5 II A; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 19; Vogel, GmbH § 35 Anm. 8; Lindekugel, Gesamtvollmacht, S. 31; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 209; Hill, Vertretungsmacht, S. 37 f. Fußn. 74; RG JW 1922, 526 (527); RG Recht 1928, Nr. 2276; RG in GmbH Rspr. II zu § 35 Nr. 44; BGH WM 60, 1227, BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

230) Vgl. Brodmann, GmbH § 35 Anm. 2e.

übrigen Gesamtvertretern gemeinsam widerrufen²³¹⁾, weil die Bevollmächtigung, für die OHG zu handeln, ebenso wie ihr Widerruf Abgabe einer Willenserklärung für die OHG ist.

Gegen die Wertung der Ermächtigung des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB als Ausnahmenvorschrift ließe sich weiter geltend machen, daß es widersinnig erscheine, eine Prokura oder Generalvollmacht für Nichtgesellschafter²³²⁾ und für Gesellschafter die von der Vertretung der Gesellschaft kraft Gesellschaftsvertrags²³³⁾ oder kraft Gesetzes²³⁴⁾ ausgeschlossen seien, zuzulassen, gleichwohl aber eine ebensolche Einzelhandlungsmacht für den gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter abzulehnen²³⁵⁾. Der Ge-

- 231) Baumbach-Hueck, AktR § 71 a.F. Anm. 5; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 8; Goldschmidt, § 126 Anm. 2; Hachenburg-Ring, GmbH § 35 Anm. 14, 15; Heymann-Kötter, § 125 Anm. 4; Lehmann-Ring, § 125 Anm. 12; Ritter, § 125 Anm. 6; Schilling, GmbH § 35 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 15; Schmidt-Meyer-Landrut, AktR § 71 a.F. Anm. 16; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 5; Vogel, GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; und § 126 Anm. 17; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b und § 20 II 4 Fußn. 46.
- 232) Eine Generalvollmacht, für die OHG zu handeln, kann einem Nichtgesellschafter erteilt werden: Brand, § 125 Anm. 2 d; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 19; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RG JW 1923, 121; LG Bochum, DNotZ 65, 308; BGH JZ 62, 362; für die gleichliegende Problematik bei der GmbH: Groschuff, GmbH § 35 Anm. 1; Vogel, GmbH § 35 Anm. 8; Patschovsky, DR 1943, 607; a.A. Hachenburg-Schilling, § 35 Anm. 7; für die AG bejahend allerdings mit Einschränkung, Schmidt-Meyer-Landrut AktR § 74 Anm. 8.
- 233) Baumbach-Duden, § 125 Anm. 1 C; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 5; Goldschmidt, § 125 Anm. 5; Ritter, § 125 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 10; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 1; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 12; Behrend, Handelsrecht, S. 513; Hueck, Recht der OHG, S. 204; Lehmann-Hoeninger, Handelsrecht, S. 256, Fußn. 1; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der Pers.Ges. S. 102; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 568.
- 234) Baumbach-Duden, § 125 Anm. B; Heun, § 170 Anm. 29; Schlegelberger-Geßler, § 170 Rdn. 4; RGRK-Weipert, § 170 Anm. ; Behrend-Handelsrecht, S. 635; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 81; Hesselmann, GmbH-Handbuch, S. 126; Müller-Erzbach, Handelsrecht, S. 236; Potthoff-Zintzen, Ges.Vertr. d. Pers. Ges. S. 99; Stehle, Die Gesellschaften, S. 65; Würdinger, Gesellschaften, S. 154; Westermann, Handbuch, § 49 I 1 II 1 Rdn. 862, 863.

- 235) Vgl. zur Argumentation Markower, § 125 Anm. III b 1.

samtvertreter, der für die Verbindlichkeiten der OHG auch persönlich haftet, erscheint vertrauenswürdiger als ein Nichtgesellschafter oder ein Mitglied der OHG oder KG, dem wegen offenkundiger Unfähigkeit bereits im Gesellschaftsvertrag eine Organstellung versagt worden ist oder dem wegen seiner geringen Risikobeteiligung (als Kommanditist) kraft Gesetzes eine Organstellung nicht zukommen kann. Der Einwand bedarf der Prüfung.

Gesamtvertretung ist Vertreterkontrolle, deren Umfang allerdings unterschiedlich gestaltet sein kann. Soweit alle Gesamtvertreter an der Durchführung eines Geschäftes derart beteiligt sind, daß sie die rechtsgeschäftliche Erklärung für die OHG dem Geschäftspartner gegenüber entweder gleichzeitig oder nacheinander abgeben²³⁶⁾ kann von einer Kontrolle im weitesten Umfang, von einer "M i t h a n d l u n g s k o n t r o l l e", gesprochen werden. Von der Beratung über die Beschlußfassung bis zur Ausführung unterliegt das abzuschließende Geschäft in jeder Phase der Einwirkungsmöglichkeit aller Gesellschafter, die zur Abgabe der Erklärung mitwirken müssen.

Die Vielzahl der für die OHG abzuschließenden Rechtsgeschäfte, bedingt aber, daß nicht nur die Gesamtvertreter, sondern auch Einzelbevollmächtigte für die OHG tätig werden können. Wird eine solche Vollmacht zur Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes erteilt, so liegt zwar kein unmittelbares gemeinschaftliches Handeln der Gesamtvertreter in Bezug auf die vorzunehmende Rechtshandlung mehr vor. Die Ausübung der Gesamtvertretung beschränkt sich in diesem Fall auf den Akt der Bevollmächtigung. Eine wechselseitige Kontrolle der Gesamtvertreter, - man kann sie als "M i t w i r k u n g s k o n t r o l l e" Bezeichnen -, liegt dann in der Vorberatung und Beschlußfassung bezüglich der für die OHG vorzunehmenden Rechtshandlung, sowie in dem Akt der Bevollmächtigung.

236) Vgl. zu diesen Ausübungsformen der Gesamtvertretung oben S. 81, 82.

Die Ausführung eines beschlossenen Rechtsgeschäfts durch den Bevollmächtigten unterliegt nur noch insoweit der Aufsicht und Kontrolle durch die übrigen Mitvertreter, als diese in vertretungsberechtigter Anzahl in der Lage sind, durch Widerruf der Vollmacht den Abschluß des Geschäftes zu vereiteln.

Wird die eben erwähnte Vollmacht umfangmäßig auf eine Vollmacht für bestimmte Arten von Geschäften oder alle Geschäfte der OHG erweitert, so schrumpft naturgemäß die Kontrollfunktion der Gesamtvertreter. Wirkliche Kontrolle wird nur im Augenblick der Vollmachtserteilung, und zwar pauschal für einen ganzen Sachbereich ausgeübt; im übrigen aber besteht nur die aus der Widerruflichkeit der Vollmacht fließende Möglichkeit des jederzeitigen Kontrollzugriffs durch Entziehung der Vollmacht. Diese Art der Kontrolle soll im folgenden " W i d e r r u f s k o n t r o l l e " genannt werden.

Die hier angeführten Formen der Kontrolle durch die Gesamtvertreter der OHG sind nach der gesetzlichen Regelung zulässig und daher als dem Schutzzweck der Gesamtvertretung Rechnung tragend anzuerkennen.

Sie müssen aber immer, soll die Gesamtvertretung nicht überhaupt ihren Sinn verlieren, zumindest in ihrer schwächsten Form gewährleistet sein. Dies ist bei der Bevollmächtigung gesellschaftsfremder Dritter oder von der Vertretung ausgeschlossener Mitvertreter der Fall. Die ihnen erteilte Prokura oder Generalvollmacht kann durch die Gesamtvertreter oder einen Einzelvertreter widerrufen werden²³⁷⁾. Die Widerrufskontrolle ist gewahrt. Aber ließe sich dies nicht auch von einem zum Prokuristen bestellten Gesamtvertreter sagen? Sicherlich wäre seine Prokura widerruflich, wie die des Nichtgesellschafters

237) Auch wenn sie im Gesellschaftsvertrag erteilt worden ist, vgl. Baumbach-Duden, § 170 Anm. B; RGRK-Fischer, § 127 Anm. 2; Westermann, Handbuch § 49 II 2c; Rdn. 864; BGH 17, 392 (396).

oder die des Nichtorgans; aber gleichwohl wäre die Kontrollfunktion verändert. Während der Gesamtvertreter bei der Drittprokura am Vollmachtswiderruf mitwirken kann, wäre er vom Widerruf der ihm erteilten Vollmacht²³⁸⁾, gleichgültig welchen sachlichen Handlungsrahmen sie hätte, wegen Interessenkollision ausgeschlossen. Die Gesellschaft verliert somit durch seine Bevollmächtigung ein Kontrollorgan.

Zwar scheidet auch bei der Ermächtigung gemäß § 125 Abs. 2 S.2 HGB der Ermächtigte für den Widerruf aus²³⁹⁾, dies jedoch nicht, weil die Kontrollfunktion des einzelnen Gesamtvertreters grundsätzlich verzichtbar ist, sondern deshalb, weil das Gesetz mit der Zulassung der Ermächtigung hier eine Ausnahmeregelung getroffen hat.

Es läßt sich auch nicht sagen, daß der ermächtigte Gesamtvertreter grundsätzlich Kontrolle höherer Intensitätsstufe ausübe, weil er nicht nur, wie bei der Drittprokura, am Widerruf der Handlungsmacht mitwirken, sondern darüber hinaus jedes Rechtsgeschäft auf seine Vorteilhaftigkeit für die OHG prüfen könne, denn die geschaffene Handlungsmöglichkeit läßt für eine Kontrollausübung keinen Raum. Die Kontrolle durch die Gesamtvertreter bezieht sich immer auf eine andere Person, den Mitvertreter oder die Geschäftsführung eines bevollmächtigten Dritten, Gerade dieser Bezugspunkt, die Fremdentcheidung, die geprüft oder mindestens für die Zukunft unterbunden werden soll, fehlt beim Handeln des bevollmächtigten Gesamtvertreters. Er kann sein eigenes rechtsgeschäftliches Handeln für die OHG nicht neutral beurteilen, wie das eines Dritten. Die durch den Fortfall des ermächtigten Gesamtvertreters bedingte Schwächung der Kontroll-

238) Vgl. für die nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zulässige Ermächtigung: Baumbach-Hueck, Aktr § 71 Anm. 3 B; Baumbach-Hueck, GmbH § 35 Anm. 5 II A; Schilling, GmbH § 35 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 18; Schmidt-Meyer-Landrut, Aktr § 71 Anm. 16; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 22; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2 b; Westermann, Handbuch, § 17 III 3 b; Rdn. 208.

239) Siehe Fußn. 241, 242.

funktion führt zu einer Risikoerweiterung für alle Gesellschafter, die nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zulässig und insoweit auch nur für die Gesellschafter bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages kalkulierbar und als gewollte Folge der Gesamtvertretung mit in Kauf genommen worden ist.

Die hier behandelte Kontrollfunktion der einzelnen Gesamtvertreter, die im Gesellschaftsvertrage wurzelt, läßt sich an drei typischen Gestaltungsmöglichkeiten der Gesamtvertretung verdeutlichen, die im folgenden eine kurze Erörterung finden sollen.

Fall 1:

A, B, C und D sind Gesellschafter einer OHG und mit der Maßgabe vertretungsberechtigt, daß jeweils zwei Vertreter, also A und B, A und C, A und D, B und C, B und D und C und D rechtsverbindlich für die OHG handeln können. Einem Gesellschafter, z.B. dem A, wird von zwei anderen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern, z.B. C und D, Prokura oder Generalvollmacht erteilt.

Die Erteilung einer widerruflichen Generalvollmacht oder Prokura könnte durch Erklärung gegenüber Dritten (§ 167 BGB), durch öffentliche Bekanntmachung (§ 171 BGB) oder durch Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten A erfolgen. In diesem Fall stehen der Bevollmächtigung durch C und D keine Bedenken aus § 181 BGB entgegen, weil A an der Erteilung der Vollmacht nicht mitwirkt, sondern lediglich Empfänger der Vollmachtserklärung ist.

Eine so weitgehende Vollmachtserteilung stellt aber eine Umgehung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung dar. Hierbei fällt ins Gewicht, daß A als Vollmachtsempfänger zugleich als Kontrollorgan der Gesellschaft insoweit ausscheidet, als es um die Überwachung seiner Geschäftstätigkeit und letztlich um den Widerruf seiner Vollmacht geht. Wird die Vollmacht einem gesellschaftsfremden Dritten erteilt, so wird die Kontrolle des Dritten in Form der Widerrufskontrolle^{24o)} durch sämtliche Gesamtvertreter - einschließlich des A - in jeweils vertretungs-

24o) Zum Begriff vgl. oben S. 95.

berechtigter Kombination, d.h. im Beispielsfall durch zwei Mitvertreter, gewährleistet. Ist aber A selbst bevollmächtigt, so fällt er notwendig als Gewährleistungsträger für diese Form der Kontrolle, hinsichtlich des Widerrufs der erteilten Vollmacht aus. Er ist wegen Interessenkollision von der Vertretung der Gesellschaft, soweit es um seinen Vollmachtswiderruf geht, ausgeschlossen²⁴¹⁾. Darüber hinaus könnte A eine ihm gegenüber erteilte Vollmacht nicht sich selbst gegenüber widerrufen, weil er wegen § 181 BGB in diesem Fall die OHG nicht mitvertreten kann²⁴²⁾. Eine Kontrolle des Vertreterhandelns des A und ein Widerruf seiner Vollmacht kann daher nur noch durch die Mitvertreter B, C und D ausgeübt werden. Diese Einbuße an Kontrollmöglichkeit vermindert den Schutz der OHG, und zwar über den vom Gesetz in § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zugelassenen Umfang hinaus. Sie führt zu einer Erweiterung des Risikos, das die Gesellschafter durch Anordnung der Gesamtvertretung in zulässiger Weise begrenzt haben. Das wird besonders dann deutlich, wenn die Gesellschafter C und D aus irgendeinem Grunde an der Ausübung der Widerrufskontrolle verhindert sind oder gar auf Dauer, etwa durch Tod, aus der OHG ausscheiden. B allein kann dann die Vollmacht des A, die von der Gesellschaft erteilt worden ist, nicht widerrufen. Eine Kontrollmöglichkeit, die bei der Drittbevollmächtigung immer besteht, ist beseitigt; die "Kontrollzelle" A - B ist zerstört. A besitzt in diesem Falle, anders als ein Drittbevollmächtigter, sachlich nahezu uneingeschränkte Einzelhandlungsmacht, die nicht widerruflich ist, und dies, obgleich ein Handeln für die OHG durch A und B möglich wäre.

241) Baumbach-Hueck AktR § 71 Anm. 3 B; Baumbach-Hueck, GmbH § 35 Anm. 5 II A; Hachenburg-Schilling, GmbH § 35 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler, § 125 I B A 4 Rdn. 18; Schmidt-Meyer-Landrut AktR § 71 Anm. 16; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; RGRK-Fischer § 125 Anm. 22; Hueck, OHG § 20 II 2 b, S. 206; Westermann, Handbuch, § 17 III 3 b Rdn. 208.

242) Vgl. RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10. Der Ermächtigte kann dabei (beim Widerruf) "nicht mitstimmen, weil ihm das Stimmrecht nur für die Erteilung der Ermächtigung erteilt ist."

Die Erteilung einer Prokura oder Generalvollmacht an einen Gesamtvertreter durch die Mitvertreter verstößt daher gegen die Schutzfunktion der Gesamtvertretung.

Fall 2:

A, B, C und D sind Gesellschafter einer OHG und mit der Maßgabe gesamtvertretungsberechtigt, daß jeweils nur A und B, oder C und D die Gesellschaft vertreten können. Ein Gesellschafter, z.B. A, wird von den beiden anderen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern C und D mit einer Prokura oder Generalvollmacht ausgestattet.

Die Bevollmächtigung des A durch C und D enthält - auch wenn sie nicht einem Dritten gegenüber oder durch öffentliche Bekanntmachung erteilt, sondern durch Erklärung gegenüber A geschaffen worden ist - keinen Verstoß gegen das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB), weil A bei der Vollmachtserteilung nur als Empfänger der Vollmachts-erklärung mitwirkt. Er steht daher insoweit einem Dritten gleich.

Auch diese Bevollmächtigung umgeht aber die Organmachtsgestaltung, d.h. die Schutzfunktion der Gesamtvertretung. Wie oben²⁴³⁾ in Fall 1 ausgeführt, fällt A als Kontrollorgan der Gesellschaft im Rahmen der Widerrufskontrolle aus. Er kann nicht, wie bei der Bevollmächtigung eines Dritten, beim Widerruf der erteilten Vollmacht mitwirken²⁴⁴⁾.

Durch die Bevollmächtigung des A wird jedoch (anders als im Falle 1) nicht nur seine Kontrollorganstellung betroffen, sondern in besonderem Maße die des mitvertretungsberechtigten Gesellschafters B. Da A und B nur zusammen gesamtvertretungsberechtigt sind, kann B seinerseits einen wirksamen Widerruf der Vollmacht des A weder in Verbindung mit einem anderen Gesellschafter - etwa mit C oder D - noch allein aussprechen. Die Bevollmächtigung des A führt daher in diesem Falle zu einer vollständigen Beseitigung der Kontrollfunktion

243) Vgl. oben S. 97, 98.

244) Vgl. oben S. 98 und den Lit., Nachw. der Fußn. 241, 242.

des Gesellschafters B in Bezug auf die von A abzuschließenden Rechtsgeschäfte.

Darüber hinaus wird aber durch eine generelle Bevollmächtigung des A auch mittelbar in die Organstellung des B eingegriffen. Der Gesellschafter A, der durch die Bevollmächtigung einmal von den Fesseln der Gesamtvertretung befreit ist, wird kein Verlangen verspüren, mit B zusammen Rechtsgeschäfte für die OHG vorzunehmen. Da A als Generalbevollmächtigter oder Prokurist alle für den Geschäftsbetrieb erforderlichen Rechtshandlungen selbst vornehmen kann, wird B tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, von einem Handeln für die OHG als deren Organ ausgeschlossen. Damit wird aber die Schutzfunktion der Gesamtvertretung umgangen, das Risiko aller Gesellschafter erweitert.

Auch bei dieser Gestaltung der Gesamtvertretung ist die generelle Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters eine unzulässige Umgehung ihrer Schutzfunktion.

Fall 3:

A und B sind gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter der OHG. Sie erteilen gemeinsam einem von ihnen, z.B. dem A, Prokura oder Generalvollmacht.

Soweit der A bei der Bevollmächtigung auf der einen Seite mit B zusammen als Vollmachtgeber, auf der anderen Seite als Vollmachtsempfänger auftritt, verstößt die Bevollmächtigung gegen § 181 BGB²⁴⁵⁾. Sie wäre daher nur zulässig, wenn ein Selbstkontrahieren gestattet wäre oder in Erfüllung einer Verbindlichkeit geschähe. Die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB kann zwar im Gesellschaftsvertrag selbst angeordnet werden²⁴⁶⁾ mit der Folge, daß ein Mitvertreter an seiner Bevollmächtigung mitwirken könnte. In allen übrigen Fällen, in denen eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag fehlt, ist die Erteilung einer Prokura oder Generalvollmacht an einen Mitvertreter unzulässig, wenn der Bevollmächtigte selbst an der

245) Vgl. oben S. 87, 88.

246) Für die GmbH BGH NJW 60, 2285; Dtsch.Rspr. I 113, 114 b.

Vollmachtserteilung mitwirkt.

Eine Vollmachtserteilung kann aber auch, wie sich aus § 167, 171 BGB ergibt, gegenüber einem Dritten, oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. In diesem Falle wirkt der Bevollmächtigte zwar bei der Erteilung der Vertretungsmacht mit, er nimmt selbst jedoch nicht die Bevollmächtigungserklärung entgegen. Damit fehlt es an einer Voraussetzung des § 181 BGB, der eine formelle Personenidentität auf beiden Seiten des abzuschließenden Rechtsgeschäfts voraussetzt²⁴⁷⁾. Die Erteilung von Prokura oder Generalvollmacht für den Gesamtvertreter A könnte daher ohne Verstoß gegen § 181 BGB durch A und B erfolgen.

Gegen die Zulässigkeit dieser weitgehenden Bevollmächtigung spricht, wie oben bereits ausgeführt²⁴⁸⁾, zunächst die Tatsache, daß A als Kontrollorgan der OHG hinsichtlich der von

247) Zwar wird verschiedentlich in der Literatur (vgl. Staudinger-Coing § 181 Bem. 3 d; Lange BGB Allg.-Teil, § 46 III 2 und Lehmann, BGB Allg.-Teil § 36 IV 4 c sowie SJZ 48, 313; RG 68, 175; KG JFG 2, 283; 12, 286); die Auffassung vertreten, die Vorschrift des § 181 BGB suche ein Handeln des Vertreters unter möglicher Kollision mit Eigeninteressen des Vertreters zum Schutze des Vertretenen auszuschließen. Diese Auffassung findet im Gesetz keine Stütze. Die Beurteilung der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften allein nach der möglichen Interessenkollision in der Person des Vertreters ist für den Rechtsverkehr untragbar und führt zu einer Rechtsunsicherheit, die das Gesetz durch seine klare Abgrenzung vermeiden will. Nicht jede Interessenkollision, sondern nur ganz bestimmte typisierte Tatbestände sollen zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen. Die ganz h.M. wendet zu Recht § 181 BGB nur bei formeller, d.h. für Dritte leicht erkennbarer Personenidentität auf beiden Seiten an, vgl. Palandt-Danckelmann, § 181 Anm.2; Soergel-Schultze-v.Lasaulx § 181 Rdn. 6; Boehmer, Grundlagen II 2, 55, 67; Enneccerus-Nipperdey, § 181 III; RG 103, 417; 127, 105; 143, 354; 157, 24; BGH 21, 231; 33, 189.

248) Vgl. oben S. 97 ff.

ihm vorzunehmenden Rechtshandlungen ausscheidet. Aber auch B verliert, soweit ein Handeln des A als Bevollmächtigter in Betracht kommt, die Möglichkeit zur Kontrollausübung. Die von der OHG erteilte Vollmacht kann grundsätzlich nur von der OHG, d.h. aber von A und B, widerrufen werden. Eine Mitwirkung des A beim Widerruf der ihm erteilten Vollmacht dürfte aber kaum praktisch werden, weil A nicht bereit sein wird, sich bei zukünftigem rechtsgeschäftlichem Handeln der Kritik des B zu unterwerfen.

Um dieses Bedenken auszuräumen, könnte daran gedacht werden, A von der Mitwirkung beim Vollmachtswiderruf wegen Interessenkollision auszuschließen und B allein das Widerrufsrecht zuzubilligen.

Eine derartige Erstarkung des Widerrufsrechts in der Hand des Mitvertreters wird von der herrschenden Meinung²⁴⁹⁾ für die Fälle bejaht, in denen kraft gesetzlicher Regelung - § 125 Abs. 2 S. 2 HGB - ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter bei seiner Bevollmächtigung zur Vornahme einzelner Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften selbst mitwirkt. Es bestehen daher keine Bedenken, aus den gleichen Überlegungen auch den einseitigen Vollmachtswiderruf im Rahmen genereller Vollmachten vom sachlichen Umfang einer Prokura oder Generalvollmacht zuzulassen.

Aber selbst wenn B die Widerrufskontrolle allein ausüben könnte, wäre seine im Gesellschaftsvertrag festgelegte Kontrollfunktion verändert. Die angeordnete Gesamtvertretung macht die Mitwirkung der Mitvertreter nicht nur in materiellem, sondern auch in formellem Sinn zur Wirksamkeitsvoraussetzung rechtsgeschäftlichen Handelns für die OHG. Nicht nur das Einverständnis in der Sache, sondern auch die gleichlautende Willensbetätigung ist erforderlich. Die materielle Schranke ist für jeden Gesamt-

249) Siehe den Lit.Nachw. S. 98 Fußn. 241, 242.

vertreter aufhebbar, die formelle nur, soweit es das Gesetz und der Gesellschaftsvertrag (§ 125 Abs. 2 S. 2 HGB) zuläßt. Diese Grenze der Schutzfunktion ist in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages von allen Gesellschaftern festgelegt und damit der Disposition der Gesamtvertreter entzogen.

Auch bei der Vertretung der OHG durch nur zwei gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter verletzt die Erteilung einer Prokura oder Generalvollmacht durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter an einen einzelnen von ihnen die Schutzfunktion der Gesamtvertretung.

2. Die Schutzfunktion der Organmachtsregelung des Gesetzes zugunsten des Rechtsverkehrs

Aber nicht nur die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten der Gesellschafter, sondern auch der vom Gesetz bezweckte Schutz des Rechtsverkehrs könnte einer Generalbevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter entgegenstehen.

Durch die Festlegung der Organmacht im Gesetz und im Gesellschaftsvertrag sowie durch ihre Offenlegung im Handelsregister soll sichergestellt werden, daß Dritte, die mit der OHG Rechtsgeschäfte vornehmen wollen, die Wirksamkeit des Organhandelns beurteilen können²⁵⁰⁾. Die im Handelsregister eingetragene Gesamtvertretung schließt ein wirksames Alleinhandeln der Organwalter aus. Dieser Ausschluß gilt für das Handeln als Organ lückenlos²⁵¹⁾. Hierauf soll und muß der Dritte, der zur OHG in geschäftlichen Kontakt tritt, vertrauen können. Eine Prokuraerteilung oder Generalbevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter wäre daher als Umgehung des vom Gesetz erstrebten Verkehrsschutzes unzulässig, wenn sie der Einzelorganmacht gleichkäme oder im Rechtsverkehr mit ihr verwechselt

250) Vgl. oben S. 39 f., 47.

251) Vgl. oben S. 81, 82.

werden könnte ²⁵²⁾.

Die einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter von seinen Mitvertretern erteilte Prokura kann wegen ihrer rechtlichen Ausgestaltung nicht der Einzelorganmacht eines Gesellschafters gleichgestellt werden. Ihre Erteilung und ihr Erlöschen werden im Handelsregister gesondert, d.h. unabhängig von der Organmachtsgestaltung verlaubar (§ 53 HGB). Auch im sachlichen Umfang bestehen zwischen der uneingeschränkten und unbeschränkbaren Organmacht des Gesellschafters (§ 126 HGB) und der in der Regel beschränkten (§ 49 Abs. 1 HGB) aber erweiterungsfähigen (§ 49 Abs. 2 HGB) Prokura Unterschiede. So kann der Prokurist z.B. nicht eine Prokura widerrufen²⁵³⁾; auch teilt die Prokura nicht die Bestandsgarantie der Organmacht²⁵⁴⁾. Ähnlich wäre die Generalvollmacht eines Gesamtvertreters zu beurteilen. Sie wäre in sachlichen Umfang enger als die Organmacht und könnte anders als jene durch die Organe der OHG in aller Regel frei widerrufen werden²⁵⁵⁾.

In der Rechtsprechung und Literatur²⁵⁶⁾ wird deshalb neben der Prokura, deren Zulässigkeit aus § 126 Abs. 1 HGB folgt, überwiegend auch eine Generalbevollmächtigung eines gesellschaftsfremden Dritten für zulässig erachtet. Eine Bevollmächtigung dieses Umfangs ist, wie die herrschende Meinung anerkennt, nicht mit der Organstellung eines einzelvertretungsberechtigten Gesellschafters vergleichbar. Ein Gleiches muß aber auch dann gelten, wenn nicht einem gesellschaftsfremden Dritten, sondern einem Gesamtvertreter diese Vertretungsmacht generellen Umfangs erteilt wird.

252) Staub, § 125 Anm. 9 lehnt mit dieser Begründung die Prokuraerteilung an Gesellschafter ab, die gesellschaftsvertraglich von der Vertretung der OHG ausgeschlossen sind.

253) Vgl. weitere Beispiele bei Baumbach-Duden, § 50 Anm. 1.

254) Vgl. §§ 52 und 127 HGB.

255) Vgl. oben S. 95 Fußn. 237.

256) Vgl. oben S. 84 Fußn. 211.

Es läßt sich hiergegen auch nicht einwenden, daß die Prokura oder Generalvollmacht gesellschaftsfremder Dritter, anders als die eines Gesamtvertreters, im Handelsverkehr nicht als Organmacht angesehen werden könne, weil Nichtgesellschafter von einer organähnlichen Vertreterstellung in der OHG ausgeschlossen seien. Eine solche Verwechslungsgefahr, die zur Unsicherheit in der Beurteilung rechtsgeschäftlichen Handelns führen könnte, besteht nämlich auch dann nicht, wenn einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter Prokura oder Generalvollmacht erteilt wird. Für die Prokura ergibt sich bereits aus § 53 HGB, der ihre Eintragung ins Handelsregister vorschreibt, daß eine Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist, weil insoweit ein Rechtsschein gegen die registerliche Eintragung nicht anzuerkennen ist²⁵⁷⁾. Bei der Generalvollmacht eines Gesellschafters verhindert deren andersartige Gestaltung, insbesondere aber die Eintragung der Gesamtvertretung ins Handelsregister gem. § 125 Abs. IV HGB, im Rechtsverkehr eine Verwechslung des Generalbevollmächtigten mit dem Einzelorgan. Das Handelsregister weist den generalbevollmächtigten Gesellschafter als nur gesamtvertretungsberechtigt aus. Ein wirksames Alleinhandeln des Gesellschafters ist aufgrund seiner Organmacht nicht möglich. Tritt der gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter aber gleichwohl alleinhandelnd für die OHG auf, so kann die Rechtswirkung seines Handelns die OHG nur treffen, wenn er, wie jeder Dritte, bevoll-

257) Ähnlich Hueck, § 20 Anm. II a.S. 205 Fußn. 15, und Schlegelberger-Geßler, § 125 Anm. III 1 Rdn. 10, die die Zulässigkeit einer Prokuraerteilung an Gesellschafter, die von der Vertretung der OHG im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sind, damit begründen, daß gegen die mögliche Rechtsunsicherheit der Eintragungszwang schütze.

mächtigt ist²⁵⁸⁾).

Die Prokuraerteilung oder Generalbevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, dem Rechtsverkehr werde, über den von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zugelassenen Handlungsrahmen hinaus, ein zusätzliches Risiko bei der Nachprüfung der Legitimation im Einzelfall aufgebürdet. Das Handeln einzelner Gesamtvertreter kraft Vollmacht - Einzel- oder Geschäftsbereichsvollmacht - ist vom Gesetz zugelassen. Den Geschäftspartner kann es gleichgültig sein, ob ein Rechtsgeschäft von einem Gesamtvertreter aufgrund einer Einzelvollmacht oder Generalvollmacht vorgenommen wird. In beiden Fällen muß er die Vorlage einer Vollmachtsurkunde verlangen; bei einseitigen Rechtsgeschäften, die von der OHG vorgenommen werden, kann er gem. § 174 BGB die Erklärung zurückweisen²⁵⁹⁾ oder aber er muß das Risiko unwirksamen Vertreterhandelns eingehen. Aus der generellen Zulässigkeit der Prokura und der Generalvollmacht würde sogar eine erhebliche Erleichterung für den Rechtsverkehr folgen, weil die oft zweifelhafte Frage, ob ein bestimmtes Rechtsgeschäft einer sachlich beschränkten Vollmacht unterfällt, nicht geprüft zu werden braucht.

258) Für die Erteilung einer Prokura an einen von der Vertretung der OHG ausgeschlossenen Gesellschafter in der Argumentation gleichliegend: Hueck, Recht der OHG, S. 204 Fußn. 15; Glünicke, ZHR 36/353: "Daß ein Gesellschafter zum Prokuristen bestellt werden kann, ist mit der herrschenden Meinung anzunehmen. Das Gegenargument (v. Gorski, Geschäftsführung und Vertretung bei der OHG, S. 123), Dritte könnten durch die Tätigkeit, die der betreffende Sozius als Prokurist entfaltet, zu der Annahme verleitet werden, die Aufhebung der Einzelvertretung sei stillschweigend wieder beseitigt worden, greift nicht durch, da sie sich zunächst an die registermäßig feststehende Tatsache der Aufhebung der (Einzel-) Vertretungsmacht halten müssen".

259) Die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 174 BGB auf die Vollmachten, die einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter gem. § 115 Abs. 2 S. 2 HGB erteilt werden können, ist anerkannt (so Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10); ein gleiches muß aber von der Generalvollmacht gelten. Auch der Prokurist muß bei Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte bei Vermeidung der Zurückweisung durch den Erklärungsempfänger seine Vollmacht durch Vorlegung seiner Bestellungsurkunde oder eines Handelsregistrauszuges (§ 9 HGB) nachweisen; so Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 174 Rdn. 5; LG Frankfurt, JW 32,2307.

Der Grund für die Annahme, daß § 125 Abs. 2 S. 2 HGB auch die Interessen des Rechtsverkehrs schütze, kann nur darin liegen, daß die Grenzen der Gesamtvertretung und der aus ihr abgeleiteten Einzelvertretung festgelegt werden sollten. Die Anordnung der Gesamtvertretung im Gesellschaftsvertrage wirkt aus ihrer Schutzfunktion für einzelne Gesellschafter nicht nur gegen ein Einzelhandeln des Gesamtvertreters als Organ, sondern auch als Bevollmächtigter²⁶⁰⁾. Zwar ist dieser Grundsatz vom Gesetz in sachlich begrenztem Umfang durchbrochen. Aber gerade diese Durchbrechung des grundsätzlich bestehenden Verbots jedes Einzelhandelns, das insoweit durch das Handelsregister verlautbart wird, bedarf einer Abgrenzung, soll nicht die registerliche Offenlegung der Vertretungsgestaltung überhaupt ihren Sinn verlieren. Gerade um den Rechtsverkehr davor zu schützen, daß er auf eine Generalvollmacht einzelner Gesamtvertreter vertraut, die nicht wirksam ist, setzt § 125 Abs. 2 HGB hier Grenzen. Hierin liegt die weitere Bedeutung der Norm: Sie legt für den Rechtsverkehr erkennbar die Grenzen der Einzelbevollmächtigung der Gesamtvertreter fest.

Verstößt demnach die Prokuraerteilung oder Generalbevollmächtigung gegen die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten der Gesellschafter und darüber hinaus auch gegen den vom Gesetz erstrebten Verkehrsschutz durch Festlegung gesetzlicher Handlungsmacht, so ist sie im Normalfall grundsätzlich unzulässig²⁶¹⁾.

260) Vgl. oben S. 90 ff.

261) So im Ergebnis: Brand, § 125 Anm. 3 f cc; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 18; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 5; Staub, § 125 Anm. 4; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b; S. 205; Baumbach-Hueck, GmbHG § 35 Anm. 5 II A; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 19; Vogel, GmbH § 35 Anm. 8; Lindekugel, Gesamtvollmacht, S. 31; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 209; Fußn. 72; Westermann, Handbuch Rdn. 208; RG JW 1912, 526 (527); RG Recht 1928, Nr. 2276; RG in GmbH Rspr. II zu § 35 Nr. 44; BGH WM 60, 1227, BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

B. Die Erteilung von Prokura oder Generalvollmacht durch die Gesamtvertreter an einzelne von ihnen in Notfällen

Wenn auch die Schaffung genereller Einzelhandlungsmacht für einen Gesamtvertreter grundsätzlich unzulässig ist, so könnte doch daran gedacht werden, für Notfälle, d.h. dann, wenn einzelne Gesamtvertreter an der Vornahme von Rechtshandlungen für die OHG, z.B. durch Krankheit, vorübergehend verhindert sind und die Abgabe von Willenserklärungen für die OHG nach der Organmachtsgestaltung durch den oder die verbleibenden Gesellschafter nicht mehr möglich ist, die Prokura oder Generalvollmacht für den Verhinderungsfall zuzulassen²⁶²⁾. Gerade wenn Eilentscheidungen getroffen werden müssen, deren Aufschub erhebliche Nachteile für die OHG bringt und für die, weil sie nicht vorhersehbar waren, eine Spezial- oder Geschäftsbereichsvollmacht nicht erteilt werden konnte, liegt eine Prokura oder Generalvollmacht im Interesse der OHG und aller Gesellschafter.

Aber auch in diesem Fall ist die Schaffung genereller Einzelhandlungsmacht von allen Gesellschaftern nicht in die Disposition der Gesamtvertreter gestellt, weil der Ausschluß des Einzelhandelns von den Gesellschaftern grundsätzlich, d.h. auch für den Fall erfolgt, daß durch die Gesamtvertretung Gefahren für die OHG entstehen können. Gerade weil man bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages diese Nachteile für geringer hielt, als diejenigen, die aus einem sachlich nahezu unbegrenzten Einzelhandeln der Gesamtvertreter entstehen könnten, ist die Gesamtvertretung angeordnet worden²⁶³⁾.

262) So Scholz, GmbH § 35 Anm. 20; Hachenburg-Schilling, GmbH § 35 Anm. 19a, 21; Baumbach-Hueck, GmbH § 35 Anm. 5 A.

263) Vgl. BGH GmbH-Rundschau 61, 29 mit ähnlicher Argumentation für die Erstreckung von Gesamtvertretungsmacht zur Einzelorganmacht

Denkbar wäre, allerdings, daß der Gesellschaftsvertrag für diese Ausnahmesituation eine ausdrückliche oder eine im Wege der Auslegung zu ermittelnde Regelung enthielte, die die Schaffung genereller Einzelhandlungsmacht für den Verhinderungsfall zuließe. Unter dieser Voraussetzung ließe sich die Prokuraerteilung oder Generalbevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter nicht mehr mit dem Argument bestreiten, die Schutzfunktion der Gesamtvertretung sei umgangen, denn ihr wären insoweit von allen Gesellschaftern Grenzen gesetzt. Die Unzulässigkeit einer solchen Bevollmächtigung folgt dann, wenn der zu bevollmächtigende Gesamtvertreter an der Vollmachtserteilung mitwirkt, auch nicht aus § 181 BGB, weil der Gesellschaftsvertrag dieses Selbstkontrahieren jedenfalls gestattet hätte. Zweifel könnten sich daher nur aus der Schutzfunktion der Vertretungsregelung des Gesetzes zugunsten des Rechtsverkehrs ergeben. Insoweit ist der Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zu entnehmen, daß sie eine abschließende Festlegung des Einzelhandelns der Gesamtvertreter enthält. Die Schutzfunktion der Norm wäre vereitelt, der Rechtsverkehr mit zusätzlichen Risiken belastet, wenn die Gesamtvertreter - nicht im Regelfall - wohl aber in Ausnahmefällen Prokura oder Generalvollmacht an einen von ihnen erteilen könnten. Die generelle Bevollmächtigung erfolgt in Ausübung der Organmacht. Ihr Umfang, insbesondere die Rechtsmacht zur Bevollmächtigung von Mitvertretern, soll nach dem Schutzzweck der gesetzlichen Vertretungsregelung nicht Schwankungen unterliegen, die für Dritte nicht erkennbar sind²⁶⁴⁾. Die Verhinderung einzelner Gesamtvertreter und damit die Wirksamkeit der Prokura oder Generalvollmacht wäre für Dritte kaum nachprüfbar. Die Anerkennung der generellen Bevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter in Notfällen weckt das Verlangen nach Manipulation des Verhinderungsfalles mit dem Ziel, die gesellschaftsvertraglichen Bindungen für die OHG abzustreifen. Hier den Notfall von der Manipulation zu scheiden ist nach der gesetzlichen Grundwertung Dritten nicht zuzumuten.

264) Vgl. Fußn. 263.

Auch in Notfällen ist daher die Schaffung von Prokura oder Generalvollmacht durch die Gesamtvertreter für einzelne von ihnen ausgeschlossen²⁶⁵⁾.

C. Zwischenergebnis

Die Gesamtvertreter können einzelne von ihnen nur in sachlich begrenztem Umfang zu Bevollmächtigten der OHG bestellen. Die Grenzen der so geschaffenen Einzelhandlungsmacht ergeben sich aus der Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB. Diese Norm hat für die Bestellung einzelner Gesamtvertreter zu Bevollmächtigten der OHG eine dreifache Funktion:

1. Sie überwindet das aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung folgende Verbot des Einzelhandelns.
2. Sie gestattet in Abweichung vom Verbot des Selbstkontrahierens gem. § 181 BGB die Mitwirkung des zu bevollmächtigenden Gesamtvertreters an der Vollmachtserteilung.
3. Sie legt im Interesse des Rechtsverkehrs die Ausnahmen vom Handeln als Gesamtvertreter fest.

D. Die unwiderrufliche Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters für die OHG

Nachdem die Grenzen der Vollmacht, die die Gesamtvertreter einem von ihnen erteilen können, in sachlichem Umfang bestimmt sind, bleibt zu prüfen, ob die Bevollmächtigung auch unwiderruflich erfolgen kann. "Unwiderruflich" bedeutet dabei eine Widerruflichkeit nur aus wichtigem Grunde, denn eine unlösbare Bindung des Vertretenen an das Vertreterhandeln des Bevollmächtigten wird von der Rechtsordnung nicht anerkannt²⁶⁶⁾.

Dieser allgemeine Grundsatz des Vertretungsrechts wird durch das Umgehungsverbot der gesetzlichen Vertretungsregelung der OHG präzisiert.

265) Ebenso BGH GmbH-Rundschau 61, 29 f.

266) Vgl. Palandt-Danckelmann, § 128 Bem. 2; RGRK-Kuhn, BGB § 168 Anm. 4; Soergel-Schultze-v. Lassaulx, § 168 Rdn. 26; Staudinger-Goig, § 168 Bem. 12 a; Enneccerus-Nipperdey, § 126 FuBn. 19; Flume, Allg. Teil § 53, 4 f; Scholz, SJZ 49, 6 und JR 58, 17; OGH MDR 49, 81; RG 62, 337.

Der auf die Gesellschafterpersonen zugeschnittene Risikoverband OHG soll sich nach der gesetzlichen Wertung in Ausnahmefällen, d.h. bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, gegen ein weiteres, möglicherweise nachteiliges Organhandeln der einzelnen vertretungsberechtigten Gesellschafter durch den Entzug der Vertretungsmacht²⁶⁷⁾ schützen können (§ 127 HGB). Ist aber die Vertreterposition der Gesellschafter insoweit eingeschränkt, so erscheint es ausgeschlossen, daß der Schutzzweck des Gesetzes dadurch umgangen wird, daß vertretungsberechtigte Gesellschafter oder Dritte Vollmachten über den Einzelfall hinaus erhalten, die auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht widerruflich sind.

Ob aber die Beschränkung des Vollmachtswiderrufs auf wichtige Gründe überhaupt statthaft ist, wenn der Bevollmächtigte ein nur Gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter ist, bedarf der näheren Überprüfung.

Ausgangspunkt der Überlegung muß dabei sein, daß die Bevollmächtigung durch ihre Ausgestaltung nicht zur Schaffung einer Einzelvertretungsmacht führen kann, die wie die Organmacht ausgestaltet ist²⁶⁸⁾. Durch die nach dem Gesetz mögliche Anordnung der Gesamtvertretung wird die organschaftliche Einzelvertretungsmacht der Gesellschafter in zulässiger Weise abbedungen bzw. eingeschränkt. Auf dem Umwege über die Vollmacht dürfen die vertretungsberechtigten Gesellschafter aber nicht die durch den Gesellschaftsvertrag gesetzten Risikogrenzen verschieben. Eine solche Risikoverschiebung läge fraglos vor, wenn die in der Gesamtvertretung begründete Kontrollfunktion durch Erteilung von unwiderruflichen Vollmachten, die über die Spezialvollmacht für einen Einzelfall hinausgehen, beseitigt wird.

267) Ob die Widerruflichkeit der Organmacht auch durch besondere Regelungen des Gesellschaftsvertrages ausgeschlossen werden kann, ist streitig bejahend: Baumbach-Duden, § 117 Bem. 5 A, Hueck, OHG, § 10 VII 11a; Gogos: Die Geschäftsführung der OHG, S. 67; Fischer, NJW 59, 1060 unter III 4; einschränkend; Schlegelberger-Geßler § 117 Bem. III Rdn. 14; RGRK-Weipert, § 117 Anm. 9; wohl auch Westermann, Handbuch, §§ 18 V 1 Rdn. 226; RG JW 35, 696.

268) Verbot, die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zu umgehen, vgl. hierzu oben S.89ff. und Fußn.222 ; Westermann, Handbuch § 17 III 3 b Rdn. 208.

Wie bereits ausgeführt²⁶⁹⁾, kann die Intensität der Kontrolle im Rahmen der Gesamtvertretung unterschiedlich sein und entweder die Mithandlungs- oder die Mitwirkungs- oder die Widerrufskontrolle umfassen. Immer muß jedoch die Kontrolle der Gesamtvertreter, wenn auch nur in der schwächsten Form, nämlich der Widerrufskontrolle, gewährleistet sein. Die Kontrolle, die z.B. über einen, mit unwiderruflicher Vollmacht für einen Geschäftsbereich ausgestatteten, gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter von den übrigen Gesellschaftern ausgeübt werden könnte, beschränkt sich auf den Vollmachtswiderruf beim Vorliegen eines wichtigen Grundes. Damit rückt aber diese Art der Bevollmächtigung von Kontrollschutz her gesehen in die Nähe der Einzelorganmacht, die ebenfalls nur aus wichtigem Grund, wenn auch nur auf Antrag aller übrigen Gesellschafter durch Gerichtsentscheid, widerruflich ist.

Die unwiderrufliche Vollmachtserteilung zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften²⁷⁰⁾, ist für gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter wegen Umgehung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung ausgeschlossen.

Für die Einzelfall-Vollmacht eines gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters könnte Besonderes gelten. Die Vollmacht bezieht sich nur auf ein einzelnes konkretes Rechtsgeschäft, das von den bevollmächtigten Gesellschaftern schon vor der Vollmachtserteilung geprüft werden kann. Die Kontrollfunktion der Gesellschafter ist hier in größerer Intensität (Mitwirkungskontrolle)²⁷¹⁾ gewährleistet als bei der unwiderruflichen Geschäftsbereichsvollmacht. Die unwiderrufliche Bevollmächtigung für den Einzelfall

269) Vgl. oben S. 94 ff.

270) Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 18; Westermann, Handbuch, § 17 III 3 b Rdn. 208; Hueck, OHG, § 20 2 b; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 22; einschränkend RGRK-Weipert, der eine entsprechende Anwendung von § 127 HGB für möglich hält.

271) Vgl. zum Begriff oben S. 94.

bedingt eigentlich weniger eine Einschränkung der Kontrollfunktion als vielmehr eine Vorverlagerung der Kontrollausübung hinsichtlich eines einzelnen konkreten Rechtsgeschäfts vom Zeitpunkt des tatsächlichen Geschäftsabschlusses auf den Zeitpunkt der Vollmachtserteilung. Die Schutzfunktion der Gesamtvertretung wird daher nicht durch die unwiderrufliche Bevollmächtigung zur Vornahme eines einzelnen Rechtsgeschäfts beeinträchtigt.

E. Zwischenergebnis

Die Bevollmächtigung zur Vornahme eines bestimmten Rechtsgeschäftes für die OHG kann einem gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter grundsätzlich widerruflich oder unwiderruflich erteilt werden.

Eine Geschäftsberichtsvollmacht, d. h. eine Bevollmächtigung zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften, kann unter Wahrung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung nur widerruflich erfolgen.

F. Überleitung

Eine zur Vertretung der OHG ausreichende Anzahl gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter kann, wenn auch in sachlich begrenztem Rahmen, einem Mitvertreter eine unmittelbare Vollmacht für die OHG erteilen, die den so Bevollmächtigten in den Stand setzt, alleinhandelnd Rechtsgeschäfte wirksam für die OHG vorzunehmen.

Es fragt sich aber, ob diese Art der Vollmachtserteilung der einzige für die Gesamtvertreter gangbare Weg ist, das Alleinhandeln eines Mitvertreters für die OHG zu ermöglichen. Da jeder Mitvertreter echter Vertreter der Gesellschaft ist, wäre es nämlich denkbar, daß die einzelnen Vertreter jeweils für ihren "Anteil" an der Vertretungsmacht - für ihre subjektiv beschränkte Vertretungsmacht - einen Untervertreter bestellen, der ein gesellschaftsfremder Dritter oder auch ein Mitvertreter sein könnte. Durch Vereinigung von Gesamt-

vertretungs- und Unterververtretungsmacht in der Hand eines Gesamtvertreters wäre eine Alleinvertretung der OHG denkbar. Die Schaffung einer derartigen Einzelhandlungsmöglichkeit wäre auch vom Wortlaut des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gedeckt, der besagt, daß die Gesamtvertreter einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften ermächtigen können.

Ausgehend von dem allgemeinen Rechtsbegriff der Unterververtretung ist eine Unterbevollmächtigung durch einzelne Gesamtvertreter auf zweierlei Weise denkbar; als mittelbare und als unmittelbare Unterbevollmächtigung. Beide Möglichkeiten sollen im folgenden untersucht werden.

V I E R T E R T E I L

S c h a f f u n g v o n E i n z e l h a n d l u n g s -
m a c h t d u r c h m i t t e l b a r e U n t e r b e v o l l -
m ä c h t i g u n g e i n e s g e s a m t v e r t r e t u n g s -
b e r e c h t i g t e n G e s e l l s c h a f t e r s s e i -
t e n s e i n z e l n e r M i t v e r t r e t e r

A. Der Begriff der mittelbaren Unterververtretung

Mittelbare Unterververtretung bedeutet Vertretung eines Vertreters bei der Vornahme von Vertretungshandlungen für den Geschäftsherrn, den Vertretenen²⁷²⁾. Vertretung im Sinne der Vorschriften des BGB ist Handeln im fremden Namen, das von der Vertretungsmacht gedeckt ist²⁷³⁾. Die Abgabe einer Willenserklärung für einen anderen - in dessen Namen - hat Bestimmungsfunktion. Sie soll die Person des Verpflichteten bzw. Berechtigten erkennbar

272) Gernhuber in JZ 60, 605; Mertens, JuS 60, 315 Fußn. 2; Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 37, 38 und Fußn. 37; ebenso Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 167 Rdn. 55 b, der nur von Untervollmacht spricht.

273) Erman-Böhle-Stamschräder, vor § 164 Bem. 1; Palandt-Danckelmann, vor § 164 Bem. 1; Staudinger-Coing, § 164 Rdn. 4.

machen²⁷⁴⁾. Der Vertretungsmacht kommt Zuordnungsfunktion zu. Sie soll die Bindung des Vertretenen an die Willenserklärung des Vertreters herbeiführen. Auch die Untervertretung ist Vertretung²⁷⁵⁾. Der Untervertreter muß daher die Person desjenigen erkennbar machen, dem die Folgen der von ihm abgegebenen Willenserklärungen zugerechnet werden sollen. Er tut dies, indem er darauf hinweist, als Vertreter des Hauptvertreters zu handeln, der den eigentlichen Geschäftsherrn vertritt²⁷⁶⁾.

Diese auf den ersten Blick umständliche Bestimmung des Vertretenen ist durch die Zuordnung der Rechtsfolgen im Wege zweier Vertretungsmachten bedingt. Bei der unmittelbaren Vertretung genügt eine Vollmacht, die vom Vertretenen selbst oder von einem Einzelvertreter erteilt wird. Im Rahmen der mittelbaren Untervertretung bedarf es jedoch, neben einer unmittelbaren Vollmacht des Hauptvertreters, zur Überleitung der vom Untervertreter vorgenommenen Rechtshandlungen auf den Vertretenen einer weiteren Vollmacht (Untervollmacht des Unterververtreters), die vom Hauptvertreter im eigenen Namen erteilt wird. Diese Untervollmacht ist in ihrem rechtlichen Bestande von der Hauptvollmacht abhängig und kann im sachlichen Umfang die Hauptvollmacht nicht überschreiten²⁷⁷⁾

Hat der Untervertreter für den Hauptvertreter in dessen Eigenschaft als Vertreter des Geschäftsherrn eine Willenserklärung abgegeben und sind beide Vertretungsmachten, Untervertretungs-

274) Vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, vor § 164 Rdn. 27 ff. m.w.N. Staudinger-Coing, Vorbem. § 164 Rdn. 11.

275) Erman-Böhle-Stamschräder, § 177 Bem. 13; Planck-Flad, § 167 Anm. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx (9.Aufl.), § 167 Rdn. 36; Staudinger-Coing, § 177 Rdn. 32; Ennccerus-Nipperdey, BGB Allg.Teil Bd. I S. 1139, 1140; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsge-
schäft, S. 28; RG 106, 269; BGH 32, 253; BGH GmbH-
Rundschau 61, 29 f.

276) BGH 32, 253.

277) Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Soergel-Schultze-v. Lasaulx (9.Aufl.) § 167 Rdn. 36; RG HRR 42, Nr. 468.

und Hauptvertretungsmacht, rechtswirksam, so wird der Vertretene aus der Rechtshandlung des Untervertreters berechtigt oder verpflichtet.

Die Rechtswirkungen der Willenserklärung fallen nicht etwa - wie der Ausdruck mittelbarer Untervertretung nahelegen könnte - stufenweise zunächst beim Hauptvertreter und dann beim Vertretenen an, sondern treffen diesen unmittelbar²⁷⁸⁾. Die Bezeichnung "mittelbare" Unterbevollmächtigung ist daher insoweit irreführend. Ihrer Rechtsnatur nach ist auch die mittelbare Untervertretung unmittelbares Handeln für den Prinzipal, lediglich mit der Besonderheit, daß der Untervertreter für die Unwirksamkeit der aus zwei "Teilstücken" bestehenden Vertretungsmacht nicht in vollem Umfang, sondern nur in begrenztem Umfang - nämlich insoweit, als seine Unterververtretungsmacht in Rede steht - eintreten will.

B. Kritik an der Institution mittelbarer Untervertretung

Diese von der herrschenden Meinung²⁷⁹⁾ anerkannte Institution mittelbarer Untervertretung ist in neuerer Zeit wiederholt angezweifelt worden²⁸⁰⁾. Eine kurze Auseinandersetzung mit den dargelegten Argumenten ist daher unumgänglich. Die Möglichkeit der mittelbaren Untervertretung wird in der Lit. verschiedentlich geleugnet und zur Begründung vorgetragen, mittelbare Untervertretung sei ein sprachliches Bild ohne juristische Bedeutung. Dies folge schon daraus, daß die Wirkungen der vom Untervertreter vorgenommenen Rechtshandlungen nicht, auch nicht

278) Vgl. BGH 32, 253.

279) Erman-Böhle-Stamschräder, § 177 Bem. 13; Planck-Flad, § 167 Anm. 1; Staudinger-Coing, § 177 Rdn. 32; Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg. Teil Bd. I, S. 1139, 1140; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 28 f; RG 106, 269; BGH 32, 253; BGH GmbH-Rundschau 61, 29 f.

280) Gernhuber, JZ 60, 604; Mertens, JuS 61, 315; Siebenhaar, AcP 162, 354 (383); Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 167 Rdn. 57 ff.

für eine geistige Sekunde, den Hauptvertreter trafen, sondern sofort ohne weiteren Übertragungsakt in der Person des vertretenen Geschäftsherrn einträten. Hinsichtlich der Rechtsfolge wirksamen Vertreterhandelns bestehe daher kein Unterschied zwischen unmittelbarer Vertretung und mittelbarer Untervertretung, so daß sich der Streit um die Zulässigkeit der letzteren als eine Scheinproblematik darstelle²⁸¹⁾.

Aber auch dann, wenn eine der beiden Handlungsmachten fehlerhaft sei, müsse der mittelbare Untervertreter - ebenso wie ein unmittelbarer Vertreter des Geschäftsherrn - für die Folgen seines Handelns als Vertreter ohne Vertretungsmacht eintreten²⁸²⁾. Für den Mangel in der Untervertretungsmacht werde diese Folge nicht bezweifelt. Sie gelte aber auch für Mängel der Hauptvertretungsmacht, weil der Hauptvertreter, wegen der fehlenden Zuordnung von Rechtsfolgen des Untervertreterhandelns zu seiner Person, nicht vertreten werde²⁸³⁾. Im übrigen sei, so wird behauptet²⁸⁴⁾, dem Gesetz (§ 179 BGB) eine Differenzierung in der Haftung des vollmachtlosen Vertreters fremd, weil es insoweit das notwendige Korrektiv zur Vermeidung einer unbilligen Haftung des Vertreters in § 179 Abs. 2 und Abs. 3 BGB enthalte. Auch die mittelbare Untervertretung sei daher unmittelbare Vertretung.

Dieser Auffassung ist zuzugeben, daß die Kennzeichnung der Untervertretung als mittelbare Stellvertretung unglücklich ist. Unter mittelbarer Stellvertretung wird in der Literatur²⁸⁵⁾ ein Handeln in eigenem Namen, aber in fremdem Interesse verstanden, so daß die Rechtsfolgen unmittelbar den Handelnden

281) So Mertens, JuS 61, 315.

282) Gernhuber, JZ 60, 605 f; Soergel-Schultze-v.Lassaulx, § 167 Rdn. 59.

283) So Gernhuber, JZ 60, 605; Soergel-Schultze-v.Lassaulx, § 167 Rdn. 58, 59.

284) Siehe Fußn. 282.

285) Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, vor § 164 Bem. 2 und § 164 Bem. 6; Soergel-Schultze-v.Lassaulx, vor § 164 Rdn. 44 m.w.N.; Palandt-Danckelmann, vor § 164 Bem. 1; RGRK-Kuhn (BGB) vor § 164 Anm. 1.

selbst treffen. Gerade dies ist aber bei der mittelbaren Untervertretung nicht der Fall. Sie ist vielmehr Handeln mit unmittelbarer Fremdwirkung und in fremdem Namen, d.h. aber Stellvertretung im Sinne des BGB²⁸⁶⁾.

Die Ansicht, hinsichtlich der Rechtsfolgen bestehe zwischen mittelbarer Untervertretung und unmittelbarer Vertretung kein Unterschied, ist nur insoweit zutreffend, als beim Vorliegen wirksamer Vertretungsmachten die Rechtsfolgen der vom Untervertreter vorgenommenen Rechtshandlungen den Vertretenen treffen. Allein die Tatsache, daß der gleiche Rechtserfolg auf zwei verschiedenen Wegen juristischer Konstruktion erreicht wird, zwingt nicht dazu, einen der beiden Wege für ungangbar zu erklären.

Im übrigen unterliegen beide Vertretungsinstitutionen ganz unterschiedlicher Ausgestaltung, die damit notwendig zu andersartiger rechtlicher Behandlung führen muß. So ist die Untervollmacht, die vom Hauptvertreter erteilt wird, anders als die unmittelbare Vollmacht, für den Geschäftsherrn zu handeln, vom Bestande der Hauptvollmacht abhängig²⁸⁷⁾. Durch Widerruf der Hauptvollmacht oder durch Tod des Hauptbevollmächtigten wird auch die Untervollmacht gegenstandslos, weil ein wirksames Handeln für den Vertretenen nicht mehr möglich ist.

Die Anwendung der mittelbaren Unterbevollmächtigung auf die Gesamtvertretung eröffnet neue Handlungsmöglichkeiten, etwa dann, wenn für einen verhinderten Gesamtvertreter ein mittelbarer Untervertreter mit den übrigen Gesamtvertretern zusammen für den Vertretenen handelt. Erteilung und Widerruf dieser Untervertretung erfolgt, im Unterschied zur unmittelbaren

286) Vgl. dazu oben S. 116.

287) Vgl. oben S. 115Fußn. 277.

Vertretung des Prinzipals, durch den Gesamtvertreter selbst²⁸⁸⁾, nicht den Vertretenen oder alle Gesamtvertreter, weil die mittelbare Untervollmacht im Namen des Hauptvertreters erteilt wird.

Anders als bei der unmittelbaren Vertretung erstreckt sich die Haftung des Unterververtreters gem. § 179 BGB nicht auf das Bestehen der Vertretungsmacht schlechthin, sondern nur auf die Wirksamkeit seiner Untervollmacht²⁸⁹⁾. Wenn demgegenüber in der Literatur²⁹⁰⁾ eine Differenzierung im Haftungsrisiko ausgeschlossen wird, weil auch der mittelbare Untervertreter seine Erklärung für den Vertretenen abgebe und daher nach § 179 BGB hafte, so bleibt unbeachtet, daß der mittelbare Untervertreter beim rechtsgeschäftlichen Handeln auf seinen Hauptvertreter verweist.

Die Vorschrift des § 179 BGB enthält eine Interessenabwägung einerseits der Interessen des Rechtsverkehrs, in seinem Vertrauen auf eine behauptete Handlungsmacht geschützt zu werden,

288) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Bem. 5 A; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 10; Hachenburg-Ring, GmbH § 335 Anm. 14, 15; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Schlegelberger-Gebler, § 125 Rdn. 19; Scholz GmbH § 35 Rdn. 24; Vogel, GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; Gierke, Handelsrecht § 133, 134; Feine in Ehrenbergs Handbuch Bd. III S. 489; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2b S. 207; Jung, Gesamtvertretung und Gesamtvollmacht, S. 69; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 597; Buchwald, GmbH-Rundschau 60, 180, 181; Heim NJW 62, 1333; RG 106, 269; BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

289) Palandt-Danckelmann, § 179 Bem. 1; Planck-Flad, § 179 Anm. 3; Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg. Teil Bd. II, S. 1139, 1140; BGH 32, 255.

290) Gernhuber, JZ 60, 605, 606; ähnlich Soergel-Schultze-v. Laseaulx, § 167 Rdn. 58 ff., der es unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes für unvertretbar hält, daß der Untervertreter sich der Haftung gem. § 179 BGB entziehen kann; das notwendige Korrektiv zum Schutze des Unterververtreters enthalte das Gesetz in § 179 Abs. 2 und Abs. 3 BGB.

und andererseits der Interessen des Vertreters für eine Vertretungsmacht, die nicht besteht, nicht eintreten zu wollen. Dabei ist das Risiko unwirksamen Vertreterhandelns dem Vertragspartner insoweit zugewiesen, als für ihn der Mangel der Vertretungsmacht erkennbar ist (§ 179 Abs. 3 HGB). Die Haftung gem. § 179 Abs. 1 BGB entfällt nach der ratio der Norm des § 179 Abs. 3 BGB auch dann, wenn sie ausgeschlossen worden ist²⁹¹⁾. Ein solcher Ausschluß könnte in dem Hinweis des Untervertreeters auf den Hauptvertreter zu sehen sein, der ein Wesensmerkmal der mittelbaren Untervertretung ist. Dieser Hinweis bedeutet kein Handeln im Namen des Hauptvertreters, weil dieser nicht unmittelbar durch den Untervertreter berechtigt und verpflichtet werden soll²⁹²⁾. Die Kennzeichnung der Doppelvertretung ist auch nicht notwendig, um die Person des Vertretenen zu kennzeichnen. Dies könnte durch ein Handeln in seinem Namen deutlicher geschehen. Die Hervorhebung der Haupt- und Untervertretung ist auch nicht Wirksamkeits-erfordernis des Vertreterhandelns, denn dafür kommt es allein auf den Bestand, nicht aber auf die Erkennbarkeit der Vertretungsmacht an. Die Offenlegung von Haupt- und Untervertretung kann nur, soll sie nicht überflüssig sein²⁹³⁾, den Sinn haben, das Haftungsrisiko zu verdeutlichen. Für den Untervertreter ist ebenso wie für den Vertragspartner die Wirksamkeit der Hauptvertretungsmacht nicht nachprüfbar²⁹⁴⁾. Sie vertrauen daher beide dem Hauptvertreter. Aus dieser Interessenlage heraus muß die Kennzeichnung von Haupt- und Untervertretung verstanden werden. Sie enthält die Erklärung des Untervertreeters, für die Unwirksamkeit seiner Untervollmacht, nicht jedoch auch seiner Hauptvollmacht eintreten zu wollen. Insoweit enthält das Handeln als mittelbarer Untervertreter eine dieser Vertretungsform immanente, d.h. in-

291) Vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 167 Rdn. 59.

292) Vgl. oben S. 114 f. (116).

293) So Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 167 Rdn. 59; der mit dieser Begründung die Zulässigkeit mittelbarer Untervertretung bestreitet.

294) Vgl. BGH 32, 255.

stitutionelle Konkretisierung der gesetzlichen Interessenwertung des § 179 Abs. 3 BGB. Von einer Gefährdung des Rechtsverkehrs dadurch, daß der Untervertreter sich entgegen der Regelung des § 179 BGB teilweise seiner Haftung entzieht, kann daher nicht die Rede sein. Für die Wirksamkeit der Hauptvertretungsmacht hat der Hauptvertreter einzustehen, der durch die Unterbevollmächtigung die Möglichkeit zur Vertretung des Prinzipals geschaffen und damit zugleich den Rechtsschein wirksamen Handelns aufgrund einer ihm zustehenden Vertretungsmacht gesetzt hat²⁹⁵⁾.

Mittelbare Unterbevollmächtigung ist daher zulässig²⁹⁶⁾.

C. Die widerrufliche mittelbare Unterbevollmächtigung durch die Organe der OHG

Werden die eben dargelegten Grundsätze der mittelbaren Untervertretung auf die Vertretung der OHG übertragen, so ist als Vertreter der im Rechtsverkehr selbständig in Erscheinung tretende Gesellschafterverband OHG, als Hauptvertreter die vertretungsberechtigten Gesellschafter anzusehen. Untervertreter kann ein gesellschaftsfremder Dritter oder auch ein Gesellschafter sein, der für einen Organvertreter handeln soll.

Soweit bei der OHG Einzelvertretungsmacht besteht, dürfte die Konstruktion mittelbarer Untervertretung eine vielfach theoretische Möglichkeit bleiben, da es jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter in der Hand hat, den bequemen Weg der Bestellung eines mittelbaren Alleinvertreters für die OHG zu beschreiten²⁹⁷⁾.

295) Vgl. Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 167 Rdn. 59.

296) Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Planck-Flad, § 167 Anm. 1; Soergel-Schultze-v.Lasaulx (9.Aufl.), § 167 Rdn. 36; Staudinger-Coing, § 167 Rdn. 32; Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg.Teil, Bd. I S. 1139, 1140; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 28 ff.; RG 106, 269; BGH 32, 253; BGH GmbH-Rundschau 61, 29 f.

297) Wieland, Handelsrecht, Bd. I S. 597.

Anders ist die Situation bei der Gesamtvertretung. Die Bestellung eines Untervertreeters, der allein unmittelbar für die OHG handeln kann, ist dem einzelnen nur mitvertretungsberechtigten Gesellschafter selbst in Notfällen verwehrt²⁹⁸⁾. Der Schaffung mittelbarer Untervertretung kommt daher gesteigerte Bedeutung zu. Sie ist eine denkbare Möglichkeit, die rechtsgeschäftliche Aktionsfähigkeit der Gesamtvertreter für den Fall sicherzustellen, daß ein Gesamtvertreter an der Vornahme von Rechtshandlungen für die OHG plötzlich, wenn auch nur vorübergehend, durch Krankheit oder Unfall, verhindert ist und keine gemeinschaftlich erteilte Vollmacht besteht. Darüber hinaus bietet die mittelbare Untervollmacht den Vorteil der erhöhten Sicherheit, weil die Wirksamkeit an den Bestand der Organmacht einzelner Gesellschafter gebunden ist und die Untervollmacht ohne Mitwirken der Mitvertreter widerrufen werden kann. Die mittelbare Untervollmacht ist daher auch abgesehen von Notfällen wegen der mit ihr verbundenen Risikobegrenzung sinnvoll.

Wenn demnach ein Bedürfnis nach der Zulassung mittelbarer Untervertreter für einzelne Organvertreter der OHG anzuerkennen ist, so fragt sich doch, ob eine Vertretung des Gesellschafters in der Ausübung seiner "Organmacht" überhaupt zulässig ist.

Nach den allgemeinen Regeln des Vertretungsrechts ist eine Unterbevollmächtigung - Substitution - nicht ohne weiteres gestattet, sondern bedarf besonderer Zulassung²⁹⁹⁾.

298) Baumbach-Duden § 126 Anm. 1 C; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; Lehmann-Ring, § 125 Anm. 11; Fischer, § 125 Rdn. 18; Schlegelberger-Geßler, § 126 Rdn. 15; RG 80, 180, 181, 328 f.

299) Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Palandt-Danckelmann, § 167 Bem. 3 b; RGRK-Kuhn, BGB § 166 Anm. 28; Soergel-Schultze-v. Laasaulx § 167, Rdn. 55; Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, RG JW 1912, 526; LZ 1928, 1065, S. 29.

Die vertretungsberechtigten Gesellschafter sind als notwendige "Handlungsorgane" der OHG mit einer unbeschränkten Vertretungsmacht ausgestattet, die im Interesse des Rechtsverkehrs vom Gesetz als unbeschränkbar festgelegt worden ist (§ 126 HGB). Aus dieser sachlich unbeschränkten Vertretungsmacht ergibt sich auch die Rechtsmacht der Organe, für die OHG Vertreter zu bestellen. Sind aber die Gesamtvertreter in der Lage, einen Dritten mit einer Prokura oder Generalvollmacht ³⁰⁰⁾ für die OHG auszustatten, so ist daraus ersichtlich, daß nicht jeweils ihr persönliches Handeln bei der Entfaltung von rechtsgeschäftlicher Tätigkeit für die OHG erforderlich ist; kann aber ein beliebiger Dritter gem. § 126 HGB von den gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern bevollmächtigt werden und daraufhin Rechtsgeschäfte allein für die OHG vornehmen, so wird man auch eine Substitution zulassen müssen, die in ihren Folgen weniger weitreichend ist. Der durch einen Mitvertreter bestellte Untervertreter für eine subjektiv beschränkte Vertretungsmacht besitzt im günstigsten Fall die Vertretungsmacht seines Hauptvertreters ³⁰¹⁾. Er könnte also nur mit anderen Gesamtvertretern zusammen die OHG vertreten. Zulässigkeit der Substitution bedeutet nur Verzicht auf das persönliche Handeln des Gesamtvertreters. In dem Verzicht auf das persönliche Handeln einer gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafterzahl, der im Gesetz durch die Zulassung einer gemeinschaftlichen Substitution anerkannt wird, ist notwendig auch ein Verzicht auf das persönliche Handeln des einzelnen Gesamtvertreters enthalten.

300) Siehe oben S. 84, Fußn. 211.

301) So Soergel-Schultze-v.Lasaulx (9. Aufl.), § 167 Bem. 36; KG HRR 41 Nr. 468.

Demgegenüber wird in der Literatur³⁰²⁾ eingewandt, daß bei bestehender Gesamtvertretung für eine Gesellschaft wohl die Vertretung der Gesellschaft schlechthin, nicht aber die Befugnis zur Mitwirkung bei der Vertretung der OHG durch die Gesellschafter übertragbar sei. Eine Vertretung eines Gesamtvertreters in der ihm zustehenden Vertretungsmacht durch einen anderen widerspreche - so wird argumentiert - dem Wesen der Gesamtvertretung.

Gesamtvertretung der Gesellschafter einer OHG bedeutet nicht Ausübung einer einheitlichen Handlungsmacht lediglich durch eine Mehrzahl von Personen, die nur in ihrer Gesamtheit als ein Vertreter anzusehen sind, sondern Handeln durch Organe, die Inhaber einer sachlich unbeschränkten Handlungsmacht sind, deren Ausübung aber von der Mitwirkung anderer Organe abhängig ist. Ist aber jeder Gesamtvertreter selbst Organ, so ist jedenfalls konstruktiv gegen eine Untervertretung für diese Organstellung nichts einzuwenden.³⁰³⁾

Auch soweit in der mittelbaren Unterbevollmächtigung eine Übertragung von Organmacht gesehen wird, kann dieser Argumentation nicht zugestimmt werden. Eine Übertragung von Vertretungsmacht ist rechtlich unmöglich. Vertretungsmacht kann nur erteilt oder entzogen, nicht aber übertragen werden. Aus diesem Grund ist daher nicht nur eine Übertragung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters, sondern auch die Übertragung der Vertretung der

302) Brems, Recht 1913, 516 und Ritter, § 125 Bem. 5 und § 48 Bem. 5c, die annehmen, Gesamtvertretung bedinge stets ein gemeinsames Handeln der Gesamtvertreter bei der Vornahme von Rechtsgeschäften, insbesondere auch bei der Substitution.

303) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Bem. 5 A; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 10; Hachenburg-Ring, GmbH § 35 Anm. 14, 15; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 19; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Vogel, GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RGRK-Fischer Anm. 23; Gierke, Handelsrecht, S. 133, 134; Feine in Ehrenburgs Handb. Bd. III S. 489; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b, S. 207; Jung, Gesamtvertretung und Gesamtvollmacht, S. 69; Wieland, Handelsrecht, Bd. I, S. 597; Buchwald, GmbH-Rundschau 60, 180, 181; Heim, NJW 62, 1333; RG 106, 269; BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

Gesellschaft ausgeschlossen. Soweit Bedenken gegen eine Untervertretung eines Gesellschafters darauf gegründet werden, daß Dritte nicht Inhaber von Organmacht sein können, liegt eine Ableitung aus der verfehlten "Übertragbarkeitsidee" vor. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter kann seine Organmacht nicht weiterleiten oder eine ebensolche schaffen. Dem Untervertreter wird auch nicht die Ausübung der Organmacht zu eigenem Recht überlassen. Er handelt vielmehr nur als Vertreter der OHG, dessen Vertretungsmacht in Verbindung mit der subjektiv beschränkten Organmacht des bevollmächtigenden Gesamtvertreters sowie der Organmacht der übrigen Mitvertreter Rechte und Pflichten für die OHG begründet³⁰⁴⁾. Seine Handlungsmacht ist abhängige vom einzelnen Gesamtvertreter geschaffene³⁰⁵⁾ und von ihm frei widerrufliche³⁰⁶⁾ Vollmacht, die auch im Rechtsverkehr als solche erscheint. Sie wird gegenstandslos, wenn die Organmacht des Vollmachtgebers endet.

Bedenklich könnte allerdings sein, daß durch die Unterbevollmächtigung ohne Willen der übrigen Gesellschafter oder des Gesamtgorgans ein Dritter mit der Vornahme von Rechtshandlungen für die OHG betraut wird, dessen Vollmacht auch nicht von den übrigen Gesellschaftern widerrufen werden kann³⁰⁷⁾. Damit könnte die Unterbevollmächtigung de facto auf eine Änderung des Gesellschaftsvertrages und die Einräumung organschaftlicher Vertretungsmacht an Dritte hinauslaufen.

Diese Bedenken erweisen sich jedoch bei näherem Zusehen als unbegründet. Ein Handeln des Unterververtreters für die OHG ist nur im Zusammenwirken mit den übrigen Gesamtvertretern denk-

304) Siehe S. 124Fußn. 303.

305) Siehe Fußn. 303.

306) Siehe Literaturnachweis, Fußn. 303.

307) Vgl. zur Problematik Westermann, Vertragsfreiheit, S. 405 ff.

bar, die ihre Einwilligung zum Handeln für die OHG nicht generell, sondern nur von Fall zu Fall erteilen, so daß der Schutz der OHG gegen aufgedrängtes Vertreterhandeln hinreichend gewahrt ist. Aus dem gleichen Grunde ist auch der Widerruf der Vollmacht durch die übrigen Gesellschafter oder Gesamtvertreter aufgrund von Gesellschaftsinteressen regelmäßig nicht geboten. Es bleibt die Frage, ob der bevollmächtigende Gesamtvertreter sich durch Bestellung eines Untervertreeters von seinen Vertreteraufgaben gänzlich zurückziehen und einen Dritten seine Aufgaben als Organ der Gesellschaft durchführen lassen kann. Sie ist zu verneinen.

Eine unwiderrufliche Bindung des einzelnen Gesamtvertreters an die für den Geschäftsbereich erteilte Untervollmacht wäre eine Veränderung des im Gesellschaftsvertrage übernommenen Haftungsrisiko aller Gesellschafter, weil der Gesamtvertreter als Kontrollorgan seiner Mitvertreter ausscheidet. Gerade zu dieser Tätigkeit als Kontrollorgan ist er aber nach dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet. Dem Mißbrauch einer wider-
ruflichen Generalunterbevollmächtigung Dritter kann durch Entzug der Organmacht des bevollmächtigenden Gesellschafters gesteuert werden, weil das Erlöschen der Organmacht die Unwirksamkeit der Untervollmacht zur Folge hat³⁰⁸⁾. Ist demnach die mittelbare Unterbevollmächtigung gesellschaftsfremder Dritter durch einzelne Gesamtvertreter zulässig, so könnte eine gleichartige Unterbevollmächtigung einzelner Mitvertreter nur ausgeschlossen sein, wenn hierdurch die Schutzfunktion der Gesamtvertretung oder aber die Interessen des Rechtsverkehrs an erkennbarem Organhandeln umgangen würden³⁰⁹⁾.

308) Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Soergel-Schultze-v.Lasaulx (9. Aufl.) § 167 Rdn. 36; RG HRR 41, Nr. 468.

309) Vgl. die Ableitung des Umgehungsverbotes oben S. 90 ff. und die Interessenanalyse oben S. 43 ff.; dazu auch RGRK-Fischer, § 125 Rdn. 23.

I. Die Einschränkung mittelbarer Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten aller Gesellschafter

Das Interesse der OHG und der in der Gesellschaft zusammen-
geschlossenen Gesellschafter an wechselseitiger Vertreter-
kontrolle wird durch die Erteilung subjektiv beschränkter
mittelbarer Untervollmacht grundsätzlich nicht beein-
trächtigt, weil der so Unterbevollmächtigte jeweils mit
einer zur Vertretung der Gesellschaft erforderlichen Zahl
von Mitvertretern für die OHG handeln muß. So kann es ge-
rade im Interesse der OHG liegen, daß dort, wo ein Gesamt-
vertreter verhindert ist, ein Unterbevollmächtigter tätig
wird, weil anderenfalls entweder durch eine ohne Kenntnis
der Sachlage erteilte Zustimmung des an der Wahrnehmung
der Geschäfte verhinderten Gesamtvertreters die durch ihn
auszuübende Kontrollfunktion entfielen oder aber bei grund-
sätzlicher Verweigerung der Zustimmung ein möglicherweise
günstiges Geschäft nicht abgeschlossen werden könnte.

Ob allerdings die Schutzfunktion der Gesamtvertretung auch
dann gewahrt ist, wenn einem Mitvertreter eine oder sovieler
mittelbare Untervollmachten erteilt werden, daß er in den
Stand gesetzt wird, allein rechtsgeschäftlich für die OHG
zu handeln, ist zweifelhaft. Die Anordnung der Gesamtver-
tretung schließt grundsätzlich ein Alleinhandeln aus,
gleichgültig, ob es durch Umgestaltung der Organmacht, durch
Bevollmächtigung oder durch mittelbare Unterbevollmächtigung
ermöglicht werden soll, weil es den einzelnen Gesellschaftern
nicht gestattet ist, die Schutzfunktion der Gesamtvertretung
zu umgehen³¹⁰⁾. Dieser Grundsatz ist vom Gesetz in § 125
Abs. 2 S. 2 HGB durchbrochen³¹¹⁾, indem den Gesamtvertretern
die Schaffung von Einzelhandlungsmacht für bestimmte oder

310) Vgl. oben S. 90 ff.

311) Vgl. oben S. 90 ff.

bestimmte Arten von Geschäften gestattet wird. Können aber Gesellschafter unmittelbar zum Einzelbevollmächtigten bestellt werden, so kann gegen ein Alleinhandeln, soweit es auf mittelbarer Unterbevollmächtigung beruht, aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung jedenfalls kein Einwand erhoben werden. Eine solche mittelbare Unterbevollmächtigung wäre sogar vom Wortlaut der Norm des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gedeckt. Zugleich werden aber durch den Ausnahmecharakter der Vorschrift und das Verbot, das in der Gesamtvertretung liegt, Grenzen gesetzt, die eine über den Umfang der gesetzlichen Regelung hinausgehende Schaffung von Einzelhandlungsmacht auch im Wege mittelbarer Unterbevollmächtigung ausschließt³¹²⁾. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann hier insoweit auf die in der Sache gleichliegende Argumentation für die unmittelbare Einzelbevollmächtigung verwiesen werden³¹³⁾.

Ist demnach ein Einzelhandeln durch Unterbevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter zur Vornahme bestimmter oder bestimmter Arten von Rechtsgeschäften grundsätzlich zulässig, so bleibt zu prüfen, ob die besondere Ausgestaltung der Gesamtvertretung im Einzelfall zu einer Einschränkung der Unterbevollmächtigung aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung führt. Diese Untersuchung soll an zwei typischen Organmachtsgestaltungen dargestellt werden.

Fall 1:

Die Gesellschafter A und B sind die einzigen Gesamtvertreter der OHG; B erteilt A Untervollmacht, ihn in seiner Eigenschaft als Organvertreter bei der Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften zu vertreten.

312) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Bem. 5 A; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 10; Hachenburg-Ring, GmbH § 35 Anm. 14, 15; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 19; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Vogel, GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; Gierke, Handelsrecht, S. 133, 134; Feine in Ehrenbergs Handb. Bd. III S. 489; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2b; S. 207; Jung, Gesamtvertretung und Gesamtvollmacht, S. 69; Wieland, Handelsrecht, Bd. I S. 597; Buchwald, GmbH-Rundschau 60, 180, 181; Heim, NJW 62, 133; RG 106, 269.

313) Vgl. oben S. 91 f.

Das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB), das die Bevollmächtigung einzelner Gesamtvertreter durch alle Gesamtvertreter grundsätzlich ausschließt, ist für die mittelbare Unterbevollmächtigung ohne Bedeutung, weil der bevollmächtigte Gesamtvertreter nicht an der Vollmachtserteilung mitwirkt. Dementsprechend eingeschränkt ist daher auch die Funktion des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB für die mittelbare Untervertretung.

Bei der Abgabe von Willenserklärungen muß A, anders als ein unmittelbarer Bevollmächtigter der OHG, die Mehrstufigkeit seiner Handlungsmacht offenlegen, d.h. zum Ausdruck bringen, das abzuschließende Rechtsgeschäft als Untervertreter des B und als Organ der OHG vornehmen zu wollen. Rechtswirkungen treffen dann die OHG aufgrund der erteilten Untervollmacht des B in Verbindung mit der organschaftlichen Gesamtvertretungsmacht des A und des B. Durch die so geschaffene Einzelhandlungsmacht des Gesamtvertreters A wird die wechselseitige Kontrolle der Gesamtvertreter in der Intensität vom Umfang der Mithandlungs-³¹⁴⁾ auf die Widerrufskontrolle³¹⁵⁾ zurückgeführt. Die Widerrufskontrolle kann von B allein ausgeübt werden. In der Kontrollausübung besteht mithin für diesen Fall kein Unterschied zwischen der unmittelbaren für die OHG erteilten Vollmacht und der mittelbaren Untervollmacht, wohl aber in ihrer Ableitung. Während der Vollmachtswiderruf der unmittelbaren Vollmacht von B allein vorgenommen werden kann, weil A von der Vertretung der OHG wegen Interessenkollision ausgeschlossen ist³¹⁶⁾, folgt das Recht zum Widerruf mittelbarer Untervollmacht durch B aus seiner Kompetenz, eine solche

314) Vgl. zum Begriff S. 94.

315) Vgl. zum Begriff S. 95.

316) Vgl. oben S. 98 Fußn. 241.

Vertretungsmacht allein zu schaffen³¹⁷⁾.

Auch ist die mittelbare Untervollmacht, anders als die unmittelbare Vollmacht in ihrem Bestand von der Existenz der "Hauptvertretungsmacht" abhängig³¹⁸⁾. Da beim Tod eines Gesellschafters dessen Organmacht erlischt, wird gleichzeitig damit die Untervollmacht wirkungslos; die auf der Untervollmacht aufbauende Alleinhandlungsmacht eines Gesamtvertreters ist weniger gefährlich als die unmittelbare Bevollmächtigung. Die Vereinigung mehrerer mittelbarer Generaluntervollmachten, die ein Alleinhandeln ermöglichen, in der Hand eines Nichtgesellschafters ist daher aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung nicht zu beanstanden.

Fall 2:

A, B, C und D sind Gesamtvertreter der OHG und in der Weise vertretungsberechtigt, daß jeweils zwei Gesellschafter, also z.B. A und B, A und C, A und D, B und C, B und D, C und D, die Gesellschaft vertreten können. Zwei Gesellschafter, z.B. B und C, erteilen jeweils gesondert dem Gesellschafter A eine mittelbare Untervollmacht, sie in ihrer Eigenschaft als Organvertreter der OHG zu vertreten.

Durch die doppelte Unterbevollmächtigung des A werden für diesen eine Reihe von Alleinhandlungsmöglichkeiten eröffnet, je nachdem, aufgrund welcher Vertretungsmachtskombinationen er tätig wird. A kann als Organ und als Untervertreter des B bzw. des C oder ausschließlich als Untervertreter der Gesellschaft B und C rechtsgeschäftlich für die OHG allein handeln.

317) Vgl. Baumbach-Duden § 125 Bem. 5 A; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 10; Hachenburg-Ring, GmbH § 35 Anm. 14, 15; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 19; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Vogel, GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; Gierke-Handelsrecht S. 123; 134; Feine in Ehrenbergs Handb. Bd. III S. 489; Hueck, Recht der OHG § 20 II 2b S. 207; Jung, Gesamtvertretung und Gesamtvollmacht, S. 69; Wieland, Handelsrecht Bd. I, S. 597; Buchwald, GmbH-Rundschau 60, 180, 181; Heim, NJW 62, 1333; RG 106, 269; BGH-GmbH-Rundschau 61, 29.

318) Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Soergel-Schultze-v. Lassaulx, § 167 Rdn. 36; RG HRR 41 Nr. 468.

Die Zulässigkeit dieses Vertreterhandelns scheint selbstverständlich. Es ist aber zu berücksichtigen, daß die dargelegten Kombinationsmöglichkeiten, die zum Alleinhandeln des Gesellschafters A für die OHG führen können, gegenüber dem oben erörterten Fall 1³¹⁹⁾ einen entscheidenden Unterschied aufweisen. Der Widerruf, der nur von einem Gesamtvertreter, z.B. B, erteilten mittelbaren Untervollmacht hindert den Bevollmächtigten A nicht, weiterhin alleinhandelnd die OHG zu vertreten. A kann nämlich auch nach Widerruf der Untervollmacht durch B als Unterbevollmächtigter des C und als Gesamtvertreter Rechtshandlungen für die OHG so lange allein vornehmen, bis auch diese mittelbare Untervollmacht durch C widerrufen wird. Es fragt sich daher, ob durch diese Vertretungsgestaltung die Schutzfunktion der Gesamtvertretung umgangen wird.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der von den Mitvertretern B und C jeweils mit einer mittelbaren Untervollmacht ausgestattete Gesellschafter A bei der Vollmachtserteilung doppeltes Vertrauen genießt. Damit wird die Rechtsstellung des A als zweifacher Untervertreter mit der Vertreterposition eines unmittelbar für die OHG Bevollmächtigten vergleichbar. Hier wie dort kann der Vollmachtswiderruf durch einen von zwei Gesamtvertretern die Möglichkeit des Alleinhandelns für die OHG nicht ausschließen. Bei der gemeinschaftlich erteilten Vollmacht für die OHG ergibt sich dies daraus, daß nur beiden Gesamtvertretern zusammen die Substitutionsmacht zusteht³²⁰⁾. Da der Widerruf einer einmal erteilten Vollmacht nur der "actus contrarius" gegenüber der Vollmachtserteilung ist, kann dieser ebenfalls nur durch einverständliches Handeln der Gesamtvertreter erfolgen. Bei der mittelbaren Untervertretung ist zwar aus konstruktiven Gründen die Erteilung wie der Widerruf einer erteilten Untervollmacht durch den einzelnen Gesamt-

319) Siehe oben S. 128 f.

320) Baumbach-Duden, § 126 Anm. 1 C; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8; Lehmann-Ring, § 125 Anm. 11 und 12; RGRK-Weipert, § 126 Anm. 2 und 17; RGRK-Fischer, § 125 Rdn.18; Schlegelberger-Geßler, § 126 Rdn. 15; RG 80, 180; RG 81, 328 f.

vertretungsberechtigten Gesellschafter möglich³²¹⁾. Er kann aber mit seinem Widerruf nicht in die Vertreterstellung eines anderen Mitvertreters hinübergreifen, der für den Umfang seiner subjektiv beschränkten Vertretungsmacht allein substitutionsermächtigt ist. Insoweit ergeben sich daher aus der Schutzfunktion der Gesamtvertretung keine Bedenken. Zweifelhaft könnte aber sein, daß durch die Unterbevollmächtigung des A eine Handlungsmacht geschaffen wird, die im Unterschied zur unmittelbaren Vollmacht nicht der Kontrolle durch die übrigen Gesamtvertreter in vertretungsberechtigter Zahl unterliegt. Eine von C und D unmittelbar für die OHG erteilte Handlungsmacht könnte außer von C und D in jeder beliebigen Kombination von zwei Gesamtvertretern mit Ausschluß des A aufgehoben werden. Diese Einwirkungsmöglichkeit fehlt aber bei der auf Grund mittelbarer Untervollmacht geschaffenen Alleinvertretung. Dieser Mangel führt dann, wenn der bevollmächtigende Gesellschafter an der Ausübung seiner Kontrollfunktion verhindert ist, zu einer sachlich begrenzten Alleinhandlungsmacht, die praktisch nicht widerruflich ist und die damit im Gegensatz zu der von allen Gesellschaftern geschaffenen Risikobegrenzung stehen könnte.

Dem ist entgegenzuhalten, daß die Gefahren vorübergehender Unwiderruflichkeit einer Alleinhandlungsmacht fraglos dann von der OHG zu tragen sind, wenn als Organ nur zwei Gesamtvertreter bestellt sind. Bei Verhinderung eines Gesamtvertreters ist die einem Dritten erteilte Prokura oder Generalvollmacht ebenso unwiderruflich wie die für den Mitvertreter geschaffene Geschäftsbereichsvollmacht. Da die Zulassung mehrerer Kombinationsmöglichkeiten beim Handeln für die OHG nur die rechts-

321) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Bem. 5 A; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 10; Hachenburg-Ring, GmbH § 35 Anm. 14; 15; Liebmann-Sänger, GmbH § 35 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 19; Scholz, GmbH § 35 Rdn. 24; Vogel GmbH § 35 Anm. 9; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 11; RGRK-Fischer, § 125 Anm. 23; Gierke, Handelsrecht, S. 133, 134; Feine in Ehrenbergs Handb. Bd. III S. 489; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b, S. 207; Jung, Gesamtvertretung und Gesamtvollmacht, S. 69; Wieland, Handelsrecht, Bd. I S. 597; Buchwald, GmbH-Rundschau 60, 180, 181; Heim, NJW 62, 1333; RG 106, 269; BGH GmbH-Rundschau 61, 29.

geschäftliche Beweglichkeit der OHG, nicht aber die Kontrolle der einzelnen Gesellschafter verstärken soll, genügt zur Kontrollausübung grundsätzlich die Willensbildung einer handlungsfähigen Gesamtvertreterzahl. Die Verhinderung einzelner Organwalter und die damit verbundene Schwächung der Widerrufskontrolle ist Folge der Organisation der Gesamtvertretung und fällt damit in den Risikobereich der OHG. Hinzu kommt, daß die Gesellschaftergesamtheit dann, wenn sich der einzelne Gesamtvertreter weigert, eine von ihm durch mittelbare Unterbevollmächtigung geschaffene Alleinhandlungsmacht aus triftigen Gründen zu widerrufen³²²⁾, oder wenn er - ohne Verschulden - ³²³⁾ am Widerruf der Untervollmacht verhindert ist³²⁴⁾, die Möglichkeit hat, durch Entzug der Organmacht des bevollmächtigenden Gesamtvertreters gem. § 127 HGB auch die Untervollmacht zu Fall zu bringen. In Eilfällen kann diese Anordnung durch einstweilige Verfügung³²⁵⁾ erfolgen, die bei Verhinderung eines Teiles der Gesellschafter durch die übrigen³²⁶⁾ beantragt werden kann, so daß die Schutzfunktion der Gesamtvertretung in ausreichendem Maße gewährleistet sein dürfte.

Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht für bestimmte oder bestimmte Arten von Rechtsgeschäften durch mittelbare Unterbevollmächtigung ist daher auch in diesem Fall nicht durch die Anordnung der Gesamtvertretung ausgeschlossen.

322) Ein solches Verhalten stellt eine grobe Pflichtverletzung im Sinne von § 127 HGB dar.

323) RGRK-Fischer, § 127 Rdn. 5; Westermann, Handbuch § 18 II 1, Rdn. 218.

324) Eine längere Krankheit kann Widerrufsgrund sein. Vgl. dazu Baumbach-Duden, § 117 Anm. 1 C; Westermann, Handbuch § 18 II 1 Rdn. 218.

325) Vgl. Baumbach-Duden, § 117 Anm. 4 A; Schlegelberger-Geßler, § 127 Rdn. 12 m.w.N.; RGRK-Fischer, § 127 Rdn. 11; Westermann, Handbuch, § 18 II 2a, Rdn. 219 und § 18 IV 1 a Rdn. 222 m.w.N.; BGH 33, 105, 108.

326) RGRK-Weipert, § 117 Anm. 27; Westermann, Handbuch § 18 II 2a, Rdn. 219.

II. Die Einschränkung mittelbarer Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Organmachtsgestaltung zugunsten des Rechtsverkehrs

Auch das Interesse des Rechtsverkehrs an der Transparenz der Vertretungsverhältnisse wird durch die subjektiv beschränkte mittelbare Untervollmacht grundsätzlich nicht beeinträchtigt. Im Gegenteil wird durch das Auftreten des Unterbevollmächtigten als Vertreter eines Gesamtvertreters die im Gesellschaftsvertrag angeordnete und im Handelsregister publizierte Gesamtvertretung für den Vertragspartner der OHG sogar deutlich unterstrichen.

Wie jede Bevollmächtigung so unterliegt auch die des Untervertreters der Vertretungsregelung des BGB, d.h. es gelten die §§ 164 ff. Dies bedeutet: Bei zweiseitigen Rechtsgeschäften die für die OHG vorgenommen werden sollen, mag der Dritte entscheiden, ob er auf die Bevollmächtigung des Untervertreters vertrauen, oder den Vertrag nicht schließen will. Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die Dritten gegenüber vorzunehmen sind, steht diesen ein Zurückweisungsrecht gem. § 174 BGB zu, es sei denn, daß die Untervollmacht nachgewiesen wird. Dem Rechtsverkehr werden durch die mittelbare Untervollmacht keine Risiken auferlegt, die er nicht schon aufgrund unmittelbarer Bevollmächtigung eines Gesamtvertreters für die OHG zu tragen hätte.

Eine Schaffung von Einzelhandlungsmacht ist daher in den von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gesetzten Grenzen zulässig³²⁷⁾.

327) Vgl. im einzelnen oben S. 128 Fußn. 312.

D. Die unwiderrufliche mittelbare Untervollmacht, die ein Alleinhandeln des bevollmächtigten Gesamtvertreters ermöglicht

Da Gesamtvertretung wechselseitige Vertreterkontrolle bedingt und diese im Gesellschaftsvertrag wurzelnde Kontrollfunktion nicht durch einzelne Gesamtvertreter beseitigt werden kann, ist eine unwiderrufliche mittelbare Unterbevollmächtigung, abgesehen von der Bevollmächtigung zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes für die OHG, nicht zulässig³²⁸⁾.

E. Zwischenergebnis

Mittelbare Unterbevollmächtigung eines Gesamtvertreters durch einen Mitvertreter ist grundsätzlich zulässig. Diese Untervollmacht wird nicht von den Gesamtvertretern, sondern von einzelnen Gesamtvertretern erteilt und widerrufen. Die Vereinigung einer oder mehrerer mittelbarer Untervollmachten in der Hand eines Gesamtvertreters kann im Zusammenwirken mit der Organmacht ein Einzelhandeln für die OHG ermöglichen. Der Umfang dieser Einzelhandlungsmacht darf die von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gesetzten Grenzen nicht überschreiten. Zur Wahrung der Kontrollfunktion der Gesamtvertretung kann die mittelbare Untervollmacht - mit Ausnahme der Untervollmacht für den Einzelfall - nur widerruflich erteilt werden.

F. Überleitung

Nachdem die Möglichkeit mittelbarer Unterbevollmächtigung eines Gesamtvertreters durch einen oder mehrere Mitvertreter untersucht worden ist, bleibt zu fragen, ob der oder die einzelnen Gesamtvertreter eine oder mehrere unmittelbare Untervollmachten einem Mitvertreter erteilen können, der hierdurch in die Lage versetzt wird, aufgrund unmittelbarer Untervollmacht in Verbindung mit seiner Organmacht allein rechtswirksam für die OHG zu handeln.

328) Vgl. hierzu im einzelnen oben S. 126 und die Argumentation für die unmittelbare Vollmacht S. 90 ff.

F Ü N F T E R T E I L

S c h a f f u n g v o n E i n z e l h a n d l u n g s -
m a c h t d u r c h u n m i t t e l b a r e U n t e r -
b e v o l l m ä c h t i g u n g e i n e s g e s a m t -
v e r t r e t u n g s b e r e c h t i g t e n G e s e l l -
s c h a f t e r s d u r c h e i n z e l n e M i t v e r -
t r e t e r

A. Der Begriff unmittelbarer Unterbevollmächtigung

Die unmittelbare Untervollmacht ist eine von einem Gesamtvertreter im Namen des Vertretenen erteilte Vertretungsmacht³²⁹⁾, die den Bevollmächtigten in den Stand setzt, im Zusammenwirken mit den übrigen Mitvertretern rechtsgeschäftlich für den Vertretenen zu handeln. Der einzelne Gesamtvertreter schafft durch die unmittelbare Unterbevollmächtigung eine Vertretungsmacht, die je nach der sachlichen Ausgestaltung der Untervollmacht ganz oder teilweise der eigenen gleicht. Er verdoppelt seine Handlungsmacht, wenn seine Vertretungsmacht neben der Untervollmacht fortbesteht³³⁰⁾. Es ersetzt seine Handlungsmacht, wenn er mit der Unterbevollmächtigung seine Handlungsmacht verliert³³¹⁾.

Die unmittelbare Untervollmacht ist, anders als die mittelbare, in ihrem Bestande grundsätzlich nicht von der Vertretungsmacht des Vollmachtgebers abhängig³³²⁾. Wohl aber kann eine solche Abhängigkeit - etwa durch eine Bedingung hergestellt werden;

329) Vgl. Staudinger-Coing, § 167 Bem. 32; Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg. Teil § 185 II 2 b; Jung, Gesamtvertretung, S. 69.

330) Dazu Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 167 Rdn. 60; Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg. Teil § 185 II; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13.

331) Vgl. zur "Ersatzbevollmächtigung" Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 167 Rdn. 60; Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg. Teil § 185 II; Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13.

332) Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Staudinger-Coing, § 167 Bem. 35; auch Flume, BGB Allg. Teil, §§ 51, 5; 49, 5; KGJ. 37 A 329.

denn wie jede Bevollmächtigung³³³⁾ ist auch die Unterbevollmächtigung unter einer Bedingung zulässig. Auch in der Zuordnungsfunktion beider Handlungsmachten bestehen erhebliche Unterschiede. Die Rechtsfolgen der Untervertretererklärung werden bei mittelbarer Untervertretung notwendig durch zwei hintereinandergeschaltete Vertretungsmachten auf den Vertretenen übergeleitet³³⁴⁾, sofern die Mitvertreter mitgewirkt haben. Anders ist es bei der unmittelbaren Untervertretung. Sie erfordert neben der Mitwirkung der Mitvertreter nur eine wirksame Untervollmacht, um den Vertretenen zu binden. Aus der unterschiedlichen Ausgestaltung beider Institutionen folgen des weiteren Abweichungen hinsichtlich des Widerrufs der Untervollmacht. Der Widerruf einer unmittelbaren Untervollmacht kann durch den Vollmachtgeber, den einzelnen Gesellschafter, oder durch den Vertretenen erfolgen³³⁵⁾, denn sie ist in seinem Namen erteilt worden und wirkt unmittelbar gegen ihn. Der Widerruf der mittelbaren Untervollmacht ist nur durch den bevollmächtigenden Gesamtvertreter möglich³³⁶⁾, weil sie im eigenen Namen des Gesamtvertreters erteilt wird. Der Vertretene kann nur insoweit auf den Bestand der mittelbaren Untervollmacht Einfluß nehmen, als er durch Entzug der Hauptvollmacht ein verbindliches Handeln des Unterververtreters für ihn ausschließt³³⁷⁾.

Die Haftung gem. § 179 BGB für ein Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist für den unmittelbaren wie für den mittelbaren Untervertreter auf die Unwirksamkeit ihrer Untervollmacht beschränkt. Während sich dies für den unmittelbaren

333) Vgl. Soergel-Schultze-v.Lassaulx, § 167 Rdn. 3; Flume, BGB Allg.Teil § 52, 3. Fußn. 22.

334) Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg.Teil § 185 II 2a BGH 32, 353.

335) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg.Teil § 185 II 2 a, für die Genehmigung eines vom unmittelbaren Untervertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäftes, die vom Prinzipal oder vom Hauptvertreter erfolgen kann.

336) Vgl. oben S. 126, Fußn. 308.

337) Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Staudinger-Coing, § 167 Bem. 35.

Untervertreter aus seiner Garantenstellung für nur eine Handlungsmacht von selbst versteht, beruht die Haftungsbeschränkung des mittelbaren Unterververtreters auf seinem beim Handeln für den Vertretenen zum Ausdruck gekommenen Haftungsausschluß für die Wirksamkeit der Hauptvollmacht³³⁸⁾.

B. Die Einschränkung der unmittelbaren Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion der Gesamtvertretung und den Grundsatz der Selbstorganisation

Die hier umrissene Institution unmittelbarer Unterbevollmächtigung durch einzelne Gesamtvertreter, insbesondere durch gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter der OHG, wird in der Literatur³³⁹⁾ nur vereinzelt behandelt.

Die herrschende Meinung ist, wie betont wird³⁴⁰⁾, der Ansicht, daß eine unmittelbare Vollmacht nur von einer zur Vertretung der OHG ausreichenden Zahl von Gesamtvertretern an einen Dritten oder einen Gesellschafter erteilt werden könne. Diese Auffassung gründet in der Überlegung, daß die Erteilung einer unmittelbaren Vollmacht die Abgabe einer Willenserklärung im Namen des Vertretenen bedeute, zu der bei bestehender Gesamtvertretung ein gemeinschaftliches Handeln erforderlich sei³⁴¹⁾. Zwar wird auch von der herrschenden Meinung allgemein der Satz anerkannt, daß der eine von zwei Gesamtvertretern der Vornahme einer Rechtshandlung durch seinen Mitvertreter im vorhinein zustimmen oder

338) Vgl. oben S. 119 und BGH 32, 250 (254).

339) Vgl. Schwoerer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 46; Flume, BGB Allg. Teil II § 45 I 3.

340) So Schwoerer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 34.

341) Baumbach-Duden, § 126 Anm. 1 C; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8 u. 9; RGRK-Weipert, § 126 Anm. 2; RGRK-Fischer § 126 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 126 Rdn. 15; Lehmann-Ring, § 125 Anm. 12; Markower, § 125 II 3; Staub-Hachenburg, GmbH § 35 Anm. 14; Staub, § 232 Anm. 7; RG JW 1900, 663; 1901, 308; RG 81, 328; KGJ 20, 75.

ein Rechtsgeschäft seines Mitvertreters genehmigen können³⁴²⁾. Diese Zustimmungserklärung wird jedoch nicht lediglich als Willenserklärung des nicht handelnden Mitvertreters begriffen, sondern als Vollmacht oder Genehmigung, die von der zur Gesamtvertretung berechtigten Anzahl von Gesellschaftern vorgenommen wird. Dies ergibt sich daraus, daß für die Genehmigung eines von einem Mitvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts die Forderung erhoben wird, der handelnde Gesellschafter müsse noch im Zeitpunkt der Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch seine Mitvertreter mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts einverstanden sein³⁴³⁾. Damit wird ersichtlich, daß es sich nicht nur um eine Genehmigung eines einzelnen Mitvertreters handelt, sondern um eine Mitwirkung bei einer Genehmigung, die von den Gesamtvertretern im Namen des Vertretenen, der OHG, erklärt wird³⁴⁴⁾. Die Mitwirkung des handelnden gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafters an der Genehmigung liegt konkludent im rechtsgeschäftlichen Tätigwerden für die OHG³⁴⁵⁾ und gilt so lange als fortbestehend, bis ein entgegengesetzter Wille geäußert wird. Die Genehmigung des oder der anderen, nicht handelnden Gesamtvertreter tritt allein durch ausdrückliche Erklärung in Erscheinung, ist aber in der Wirksamkeit bedingt durch das Festhalten des handelnden Gesamtvertreters an seiner einmal getroffenen Entscheidung.

Ähnlich wie die Genehmigung wird von der h.M. auch die unmittelbare Vollmacht eingeordnet. Wird von zwei Gesamtvertretern der eine durch den anderen zur Vornahme eines Rechts-

342) Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 16; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 23; vgl. auch Westermann, Handbuch, § 17 III 3a, Rdn. 207; RG 80, 180; 81, 325; für die Kollektivvertretung der AG: v. Godin-Wilhelmi AktG § 71 Anm. 6a; Baumbach-Hueck, AktG § 71 Anm. 3a; Baumbach-Hueck, AktG 13. Aufl., § 78 Rdn. 6; abweichend v. Godin-Wilhelmi, AktG § 78 Anm. 9; Schmidt-Meyer-Landrut AktG § 71 Anm. 17.

343) Vgl. Fußn. 242.

344) So Düringer-Hoeninger, § 48 Anm. 13; vgl. auch Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 33.

345) So Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 33.

geschäftes bevollmächtigt, so wird diese Vollmacht erst mit der Zustimmung des zu Bevollmächtigenden³⁴⁶⁾, die spätestens in der Vornahme des Rechtsgeschäfts zu erblicken ist³⁴⁷⁾, wirksam.

Damit wird deutlich, daß die h.M. in Wahrheit nicht die Bestellung eines Unterbevollmächtigten für die subjektiv beschränkten Vertretungsmacht eines Mitvertreters zuläßt, sondern lediglich die Vollmachtserteilung an einen Gesamtvertreter durch die zur Vertretung berechnigte Anzahl von Mitvertretern.

Ob aber nur mit dieser rein begrifflichen Argumentation, Gesamtvertretung nötige immer und in jedem Falle zu gemeinsamem Handeln für die OHG, die unmittelbare Vollmachtserteilung abgelehnt werden kann³⁴⁸⁾, ist zweifelhaft. Jeder Gesamtvertreter der OHG ist Inhaber von sachlich unbeschränkter Organmacht³⁴⁹⁾. Nur die Wirksamkeit des Vertreterhandelns ist an die Mitwirkung der Mitvertreter gebunden³⁵⁰⁾. Da die Handlungsmacht der OHG-Gesellschafter gem. § 126 HGB die Bestellung von unmittelbaren Vertretern für die Gesellschaft grundsätzlich zuläßt³⁵¹⁾, bestehen an sich keine Bedenken gegen eine unmittelbare Unterbevollmächtigung durch einzelne

346) Dementsprechend wird auch die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB dahin aufgefaßt, daß sie unter Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 191 BGB) eine Mitwirkung des zu bevollmächtigenden Gesamtvertreters an der Vollmachtserteilung zuläßt. Dazu Denkschrift, S. 91; Baumbach-Duden § 125 Anm. 5 C; Palandt-Danckelmann, § 181 Anm. 4; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 8; Lehmann-Ring, § 125 Rdn. 12; RGRK-BGB, § 181 Anm. 23; Ritter § 125 Anm. 6; Quassowski, AktG § 71 Rdn. 21; Bartolomé, Vollmachten, S. 17; Hueck, Recht der OHG, S. 205; Würdinger, Gesellschaften, S. 122, RG 80, 182; RG 81, 328.

347) So Düringer-Hoeningner § 48 Anm. 12.

348) Verneinend Schwoerer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 33 f.; 46; Flume, BGB Allg. Teil II § 45 I 3.

349) Hueck, OHG, § 20 II 2 b; Düringer-Flechtheim, § 125 Rdn. 7; Goldmann, § 125 Rdn. 14; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 9; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 13.

350) Hueck, OHG, § 20 II 2 b; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 9; Jung, Gesamtvertretung, S. 30, 33; Schwoerer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 3.

351) Die Prokuraerteilung ist ausdrücklich im Gesetz erwähnt.

Gesamtvertreter, soweit sie sich hierbei in den Grenzen ihrer Organmacht halten³⁵²⁾. Auch der Schutzzweck der Gesamtvertretung scheint auf den ersten Blick nicht beeinträchtigt. Gesamtvertretung bedeutet Schutz gegen die Begründung von Rechten und Pflichten durch einen einzelnen Gesellschafter³⁵³⁾. Die Erteilung einer unmittelbaren Untervollmacht allein für den Handlungsbereich eines einzelnen Gesamtvertreters schafft aber nicht die Möglichkeit für den Bevollmächtigten, allein mit Wirkung für die OHG rechtsgeschäftlich tätig zu werden. Im Gegenteil kann von der Schutzfunktion der Gesamtvertretung her gesehen die Bestellung eines unmittelbaren Unterbevollmächtigten für die OHG gerade vorteilhaft sein, wenn für den an der Ausübung seiner Kontrollaufgabe verhinderten Gesamtvertreter ein von ihm bestellter Untervertreter mit den übrigen Gesamtvertretern handeln könnte²⁵⁴⁾

Der Begriff der Gesamtvertretung und ihre Schutzfunktion stehen aber nicht isoliert, sondern in notwendiger Wechselwirkung mit den Gestaltungsgrundsätzen der OHG, die in der Organisation der Vertretung konkretisiert worden sind. Die Handlungsorgane der OHG sind im Gesellschaftsvertrage bestimmt, das Handeln der Organe durch Anordnung der Gesamtvertretung festgelegt³⁵⁵⁾. Einzelnen Gesamtvertretern ist es verwehrt, diese einmal im Gesellschaftsvertrage geschaffene Organisationsform der Gesamtvertretung zu ändern³⁵⁶⁾. Aus diesem Grunde ist die ersetzende unmittelbare Unterbevollmächtigung durch einen

352) Schwörer, Die Ausübung der Gesamtvertretung, S. 29 ff.

353) Brodmann, GmbH § 35 Anm. 2 e; RG 81, 325.

354) Vgl. Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8.

355) Vgl. oben S.81, 82.

356) Westermann, Handbuch § 17 I 2 Rdn. 203.

Gesamtvertreter unzulässig, und zwar unabhängig davon, ob einem Dritten oder einem Gesellschafter die Untervollmacht erteilt wird. Der vertretungsberechtigte Gesellschafter ist nicht in der Lage, sich entgegen der gesellschaftsvertraglichen Regelung von seiner Organfunktion zu entbinden, auf deren Wahrnehmung die Mitgesellschafter vertrauen. Die Risiken des Organhandelns sind für alle Gesellschafter nur bei Vertragsschluß überschaubar. Sie können nicht nachträglich durch einseitige Maßnahmen eines Gesellschafters verändert und durch Wechsel der Person des Organwalters erweitert werden.

Zu erwägen bleibt daher nur eine kumulative unmittelbare Unterbevollmächtigung. Aber auch hier wird die Abänderung der einmal geschaffenen Organisation deutlich. Die unmittelbare Untervollmacht³⁵⁷⁾ ist, anders als die mittelbare Untervollmacht³⁵⁸⁾, nicht vom Bestande der Organmacht des Gesamtvertreters abhängig. Stirbt der Gesamtvertreter, so besteht sie fort. Ein Widerruf der Vollmacht durch ihn ist ausgeschlossen. Es kann zwar der Vertretene, d.h. die OHG, durch ihre Organe den Widerruf erklären³⁵⁹⁾, aber diese Möglichkeit besteht dann nicht, wenn z.B. nur zwei Gesamtvertreter für die OHG bestellt worden sind. Der Unterbevollmächtigte scheidet hinsichtlich der Mitwirkung eines ihm gegenüber zu erklärenden Widerrufs praktisch aus. Er wird kein Interesse daran haben, seine "Alleinhandlungsmacht" aufzugeben. Er könnte darüber hinaus, selbst wenn er wollte, an dem Entzug seiner

357) Vgl. Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Bem. 13; Staudinger-Coing, § 167 Bem. 35; auch Flume, BGB Allg. Teil §§ 49, 5, 51, 5.

358) Erman-Böhle-Stamschräder, § 167 Rdn. 13; Soergel-Schultze-v. Lasaulx (9. Aufl.) § 167 Rdn. 36; Staudinger-Coing, § 167 Bem. 35; RG HRR 41 Nr. 468; BGH 32, 253 ff.

359) Weil die Untervollmacht in ihrem Namen erklärt worden ist und sie die Rechtsfolgen des Untervertreterhandelns treffen soll.

Untervollmacht nicht mitwirken, weil er - ähnlich dem nach § 125 Abs. 2 S. 2 HGB bevollmächtigten Gesamtvertreter³⁶⁰⁾ - wegen Interessenkollision ausgeschlossen ist und zudem das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) gegen ihn wirkt³⁶¹⁾. Der unmittelbare Untervertreter hätte damit unwiderrufliche Handlungsmacht, die nur durch Umorganisation der OHG - etwa durch Schaffung von weiteren Organen, beseitigt werden könnte.

Darüber hinaus verletzt die Gesamtvertretung zwischen Organen und einem unmittelbaren Unterbevollmächtigten auch ein vom Gesetz für die Organmachtsgestaltung aufgestelltes zwingendes Organisationsprinzip. Der von einem Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter bevollmächtigte Untervertreter könnte an Stelle seines Vollmachtgebers nur mit den übrigen Organvertretern gemeinschaftlich für die OHG handeln. Nach der Regelung des § 125 Abs. 3 S. 1 HGB kann diese "unechte" oder gemischte Gesamtvertretung nur zwischen Prokuristen und Organen, nicht aber zwischen Bevollmächtigten und Organen im Gesellschaftsvertrage angeordnet werden³⁶²⁾. Können demnach die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit keine unechte Gesamtvertretung in vom Gesetz abweichendem Umfang schaffen, so erscheint die Annahme einer solchen Gestaltungsmacht des einzelnen Gesamtvertreters ausgeschlossen.

Damit wird der Unterschied zur mittelbaren Untervollmacht deutlich. Ihre Bindung an die Hauptvollmacht läßt das Organi-

360) Baumbach-Hueck, AktG § 71 Anm. 3b; Baumbach-Hueck, GmbH § 35 Anm. 5 II A; Schilling, GmbH, § 35 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 18; Schmidt-Meyer-Landrut, AktG § 71 Anm. 16; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; RGRK-Fischer § 1 125 Anm. 22; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 b S. 206; Westermann, Handbuch, § 17 III 3b, Rdn. 208.

361) Vgl. für die Bevollmächtigung im Namen der OHG durch alle Gesamtvertreter: RGRK-Weipert, § 125 Anm. 10; "der Ermächtigte kann dabei (beim Widerruf) nicht mitstimmen, weil ihm das Stimmrecht nur für die Erteilung der Ermächtigung erteilt ist".

362) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Anm. 6 B; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 15; RGRK-Fischer, § 125 Rdn. 26; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 6; Ritter, § 125 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 25; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 6 C; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 c; S. 208, 209; Westermann, Handbuch, § 17 III 2, Rdn. 206; RG 134, 303, BGH 13, 64.

sationsgefüge des Gesellschaftsvertrages bestehen. Die Überleitung der Rechtsfolgen des Untervertreterhandelns auf die OHG erfolgt unter Ausnutzung der allen Gesellschaftern zustehenden Organmacht. Jedes einzelne Rechtsgeschäft, das der Untervertreter vornimmt, ist vom Bestande der Organmacht des bevollmächtigenden Gesamtvertreters abhängig. Anders liegen die Dinge bei der unmittelbaren Intervollmacht. Der bevollmächtigende Gesamtvertreter wird, soweit der Untervertreter rechtsgeschäftlich handelt, ersetzt. Die Organmacht des Vollmachtgebers ist nicht zur Überleitung von Rechtsfolgen des Untervertreterhandelns erforderlich. Die unmittelbare Intervollmacht, die von einem einzelnen Gesamtvertreter erteilt wird, bedingt die Entstehung eines neuen, gemischten Handlungsorgans, dessen Ausgestaltung vom Gesetz und der gesellschaftsvertraglichen Regelung abweicht.

Unmittelbare Unterbevollmächtigung ist Abänderung des Gesellschaftsvertrages, die zu einer Risikoerweiterung für alle Gesellschafter führt. Sie verstößt gegen den Grundsatz der Selbstorganisation der OHG³⁶³⁾ und die Schutzfunktion der Gesamtvertretung.

363) Der Grundsatz der Selbstorganisation soll besagen, daß die Gestaltung von Organmacht grundsätzlich durch die Gesamtheit der Gesellschafter, wenn auch nur im Rahmen des vom Gesetz zugelassenen Umfanges erfolgt. Dieser Grundsatz ist Folge der gesellschaftsvertraglichen Begründung der OHG und des Verbots, ohne Änderung des Gesellschaftsvertrages den übernommenen Risikobereich zu erweitern (§ 707 BGB, § 105 HGB). Vgl. Westermann, Handbuch, § 17 I 2 Rdn. 203.

C. Die Einschränkung der unmittelbaren Unterbevollmächtigung durch die Schutzfunktion zugunsten des Rechtsverkehrs

Abgesehen von den Organisationsgrundsätzen, denen die Organmacht unterliegt, könnte auch der vom Gesetz erstrebte Verkehrsschutz einer unmittelbaren Unterbevollmächtigung seitens eines Mitvertreters entgegenstehen.

Eine unechte Gesamtvertretung ist im OHG-Recht in § 125 Abs. 3 S. 1 HGB vorgesehen, aber auf den Fall beschränkt, daß die Vollmacht des unechten Mitvertreters den Umfang einer Prokura hat³⁶⁴⁾, und daß die Anordnung dieser gemischten Vertretung im Gesellschaftsvertrag von allen Gesellschaftern getroffen und dementsprechend im Handelsregister publiziert wird³⁶⁵⁾. Sinn dieser Regelung ist es, den Rechtsverkehr in seinem Interesse an klar ersichtlicher Vertretungsgestaltung der OHG zu schützen. Aus diesem Grunde wird nur die Prokura als eintragungsfähige Vollmacht³⁶⁶⁾ im Rahmen unechter Gesamtvertretung der OHG zugelassen.

Zwar würde auch das Zusammenwirken von einem oder mehreren in sachlichem Umfang begrenzt Bevollmächtigten mit einem oder mehreren Gesamtvertretern die Vertretungsmöglichkeiten der OHG erweitern. Dies geschähe jedoch ausschließlich auf Kosten des Rechtsverkehrs, der die Erteilung und den Widerruf der Vollmacht - anders als bei der Prokura - nicht dem Handelsregister entnehmen könnte und dementsprechend auch nicht des Schutzes des § 15 HGB teilhaftig würde. Hinzukommt, daß sich nach heute einhelliger Auffassung der sachliche Umfang der Vertretungsmacht im Falle unechter Gesamtvertretung gem. § 125 Abs. 3 S. 1 HGB ausschließlich nach dem weiteren Vertretungsmachtsrahmen des Gesellschafters richtet, weil andernfalls der sachliche Umfang organschaftlicher Vertretungsmacht des mitvertretungs-

364) Vgl. Baumbach-Duden, § 125 Anm. 6 B; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 15; RGRK-Fischer, § 125 Rdn. 26; RGRK-Weipert, § 125 Anm. 6; Ritter, § 125 Anm. 8; Schlegelberger-Geßler, § 125 Rdn. 25; Neufeld-Schwarz, § 125 Anm. 6 C; Hueck, Recht der OHG, § 20 II 2 c S. 208, 209; Westermann, Handbuch, § 17 III 2, Rdn. 206; RG 135, 303; BGH 13, 64.

365) Vgl. § 125 Abs. 4 HGB.

366) Vgl. § 53 HGB.

berechtigten Gesellschafters entgegen § 126 HGB eingeschränkt wäre³⁶⁷⁾). Verboten aber das Gesetz eine solche Einschränkung der Organmacht, so kann über den Umweg einer sachlich beschränkten Unterbevollmächtigung durch einen Mitvertreter nicht eine unechte Gesamtvertretung geschaffen werden, die gegen dies Verbot verstieße. Eine unmittelbare Unterbevollmächtigung durch einen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter ist daher nur in sachlich unbeschränktem Umfang denkbar. Eine solche Untervollmacht wäre aber, da sie im Handelsregister nicht eintragungsfähig ist, für den Rechtsverkehr nicht erkennbar. Dritte verlören durch die Zulassung einer solchen Vertretungsform den Schutz, der ihnen durch die Eintragungspflicht organschaftlicher Gesamtvertretung (§ 125 Abs. IV HGB) und die Eintragungspflicht der Prokura (§ 53 HGB) bei bestehender unechter Gesamtvertretung gem. § 15 HGB zuteil werden soll.

Demnach verbliebe dem einzelnen Gesamtvertreter lediglich die Möglichkeit, im Rahmen seiner subjektiv beschränkten Vertretungsmacht einen Prokuristen unmittelbar für die OHG zu bestellen, der mit den übrigen Gesamtvertretern zusammen rechtsgeschäftlich handeln könnte. Abgesehen von der Streitfrage, ob ein gesamtvertretungsberechtigter Gesellschafter als Kaufmann³⁶⁸⁾ und Inhaber eines Handelsgewerbes anzusehen ist, der gem. § 48 HGB eine Prokura erteilen könnte, würde auf diesem Umwege die gleiche Vertretungsregelung herbeigeführt, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung des § 125 Abs. 3 S. 1 HGB der Entscheidung aller Gesellschafter vorbehalten sein soll. Diese Entscheidung kann aber nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung nicht dem Mitvertreter zustehen, denn der Rechtsverkehr soll und muß sich darauf verlassen können, daß die Gestaltung der organähnlichen Vertretungs-

367) Vgl. oben Fußn. 362.

368) Vgl. hierzu den Literatur- und Rechtsprechungsnachweis bei Baumbach-Duden § 105 Anm. 1.

macht als echte oder unechte Gesamtvertretung allein durch den Gesellschaftsvertrag im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen vorgenommen und dementsprechend im Handelsregister verlaublich wird.

Eine unmittelbare Unterbevollmächtigung eines Dritten wie eines Gesellschafters durch einen einzelnen Gesamtvertreter verstößt gegen den Grundsatz der Selbstorganisation, die Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten aller Gesellschafter und gegen die im Interesse des Rechtsverkehrs als abschließend festgelegte Gestaltungsform der Organmacht. Sie ist unzulässig³⁶⁹⁾.

D. Zwischenergebnis

Die Schaffung von Einzelhandlungsmacht durch die Gesamtvertreter der OHG für einen von ihnen kann nicht durch Erteilung unmittelbarer Untervollmachten seitens einzelner Gesamtvertreter erfolgen.

S E C H S T E R T E I L

Z u s a m m e n f a s s u n g d e r U n t e r s u c h u n g s - e r g e b n i s s e

Einzelhandlungsmacht für einen Gesamtvertreter kann nicht dadurch geschaffen werden, daß die Gesamtvertreter die im Gesellschaftsvertrag festgelegte Organvertretung umgestalten oder ihre Ausübung zu eigenem Recht einem einzelnen von ihnen überlassen. Auch die Vorschrift des § 125 Abs. 2 S. 2 HGB,

369) So im Ergebnis: Baumbach-Duden, § 126 Anm. 1 C; Düringer-Flechtheim, § 125 Anm. 8 u. 9; RGRK-Weipert, § 126 Anm. 2; RGRK-Fischer, § 126 Anm. 11; Schlegelberger-Geßler, § 126 Rdn. 15; Lehmann-Ring, § 125 Anm. 12; Markower, § 125 III 3; Staub-Hachenburg, GmbH § 35 Anm. 14; Staub, § 232 Anm. 7; RG JW 1900, 663; 1901, 308; RG 81, 328; KGJ 20, 75 a.A. nur Schwörer, Ausübung der Gesamtvertretung, S. 33 f.

der die Vornahme von bestimmten oder bestimmten Arten von Rechtsgeschäften durch einen Gesamtvertreter zuläßt, wenn er hierzu von den Organen der Gesellschaft ermächtigt wird, enthält keine Durchbrechung dieses Grundsatzes. Diese Norm gestattet vielmehr nur unter Einschränkung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung zugunsten aller Gesellschafter die Vollmachtserteilung an einen Gesamtvertreter.

Diese Vollmacht kann unter Mitwirkung des zu bevollmächtigenen Gesellschafters in den von § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gezogenen Grenzen im Namen der OHG erfolgen.

Die Erteilung der Prokura oder Generalvollmacht ist auch in "Notfällen", d.h. bei vorübergehender Verhinderung eines oder mehrerer Mitvertreter nicht zulässig, weil andernfalls die Schutzfunktion der Gesamtvertretung, die im Gesellschaftsvertrag festgelegt ist, von einzelnen Gesellschaftern zu Lasten der übrigen eingeengt und der Schutz des Rechtsverkehrs vereitelt wäre, der vom Gesetz durch Festlegung der Organmacht und der Vollmacht eines Gesamtvertreters erstrebt wird. Die Vollmacht zur Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften kann - unter Wahrung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung zu Gunsten aller Gesellschafter - nur frei widerruflich erteilt werden. Der Widerruf wird von der OHG - in aller Regel von ihren Organen - erklärt. Die Vollmacht selbst ist vom Bestande der den einzelnen Gesellschaftern zustehenden Organmacht grundsätzlich unabhängig.

Schaffung von Einzelhandlungsmacht für einen Gesamtvertreter kann auch in der Weise erfolgen, daß nur die Mitvertreter einen Gesamtvertreter bevollmächtigen, sie in ihrer Eigenschaft als Gesamtvertreter der OHG zu vertreten (mittelbare Untervollmacht). Durch Vereinigung von Organmacht und einer oder mehrerer Untervollmachten in einer Hand wird der einzelne Gesamtvertreter in den Stand gesetzt, allein rechtswirksam für die OHG zu handeln. Umfang und Grenzen dieser Untervollmacht werden durch § 125 Abs. 2 S. 2 HGB bestimmt, der als Ausnahmenvorschrift nur eine begrenzte Durchbrechung der Schutzfunktion der Organvertretung zuläßt, und der diese Durchbrechung auch im Interesse

des Rechtsverkehrs abschließend festlegt. Die mittelbare Untervollmacht ist vom Bestande der Organmacht der Mitvertreter abhängig, weil eben die Organmacht in Verbindung mit der Untervollmacht die Zuordnung der Rechtsfolgen des Untervertreterhandelns zur OHG begründet.

Sie kann, weil sie im Namen der Gesamtvertreter erteilt wird, nur von diesen widerrufen werden. Die Untervollmacht muß, wenn sie die Vornahme bestimmter Arten von Rechtsgeschäften gestattet, frei widerruflich sein.

Die unmittelbare Unterbevollmächtigung durch einzelne Gesamtvertreter und ein folgeweises Alleinhandeln eines Gesamtvertreters aufgrund dieser Untervollmachten in Verbindung mit seiner Organmacht ist unzulässig. Unmittelbare Unterbevollmächtigung bedingt, anders als die mittelbare Unterbevollmächtigung, eine Änderung des Organisationsgefüges der OHG, sowie eine Einengung der Schutzfunktion der Gesamtvertretung durch Schaffung einer vom Gesetz in § 125 Abs. 3 S. 1 HGB nicht zugelassenen Mischvertretung von Organen und Bevollmächtigten. Darüber hinaus gefährdet die Anerkennung eines derartigen Organhandelns die vom Gesetz durch Festlegung der Organisationsformen der OHG-Vertretung erstrebte Rechtssicherheit.

Lebenslauf

Am 6.1.1940 wurde ich in Berlin-Schöneberg geboren. Meine Eltern sind der am 28.6.1967 verstorbene Bankdirektor Hanns Lüdtke-Handjery und seine Ehefrau Maria-Eva, geb. Schramm.

Nach Kriegsende besuchte ich die 14. Volksschule und anschließend das Evangelische Gymnasium in Berlin, so- dann das Neusprachliche Gymnasium in Oberhausen-Sterkrade und das Pestalozzi-Gymnasium in Herne, an dem ich im Jahre 1959 die Reifeprüfung ablegte. Ich studierte Rechts- wissenschaften an der Freien Universität Berlin und an der Westfälischen Wilhelms Universität Münster. Am 30.11.1963 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm. Den Referendardienst, den ich im April 1965 aufnahm und in dem ich in Bochum, Dortmund, Gelsenkirchen, Hamm und Herne tätig war, schloß ich am 7.11.1968 mit der zweiten juristi- schen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab. Anschließend wurde ich zum Gerichtsassessor ernannt und in den richterlichen Dienst beim Landgericht Bochum übernommen. Seit Beginn des Jahres 1970 bin ich für die Promotion beurlaubt und bei Herrn Professor Dr. H. Westermann als wissenschaftlicher Assistent am Institut für Berg- und Energierecht beschäftigt.

